

# REVISTA MEXICANA DE DERECHO

Colegio de Notarios  
del  
Distrito Federal

16



# **Revista Mexicana de Derecho**

# REVISTA MEXICANA DE DERECHO

COLEGIO DE NOTARIOS  
DEL DISTRITO FEDERAL

---

16

---



COLEGIO DE NOTARIOS  
DEL DISTRITO FEDERAL

MÉXICO, 2014

REVISTA MEXICANA DE DERECHO, Año 15, No. 16, enero–diciembre 2014, es una publicación anual editada por el Colegio de Notarios del Distrito Federal A. C., Río Tigris No. 63, Col. Cuauhtémoc, Delegación Cuauhtémoc, C.P. 06500, Tel. 5511-1819, [www.colegiodenotarios.mx](http://www.colegiodenotarios.mx), [colnotdf@colegiodenotarios.org.mx](mailto:colnotdf@colegiodenotarios.org.mx)  
Editor responsable: Colegio de Notarios del Distrito Federal A. C. Reservas de Derechos al Uso Exclusivo No 04-2003-011310533200-102, ISSN: 2007-1043

Impresa por *Castellanos Impresión, SA de CV*, Ganaderos 149, colonia Granjas Esmeralda, Código Postal 09810, Delegación Iztapalapa, México, Distrito Federal, este número se terminó de imprimir el 7 de enero de 2015, con un tiraje de 1000 ejemplares.

Las opiniones expresadas por los autores no necesariamente reflejan la postura del editor de la publicación.

Queda estrictamente prohibida la reproducción total o parcial de los contenidos e imágenes de la publicación sin previa autorización del Colegio de Notarios del Distrito Federal.

# **CONSEJO DEL COLEGIO DE NOTARIOS DEL DISTRITO FEDERAL**

---

## **PRESIDENTE**

**HERIBERTO CASTILLO VILLANUEVA**

## **TESORERO**

**ROSAMARÍA LÓPEZ LUGO**

## **PRIMER SECRETARIO PROPIETARIO**

**GERARDO APARICIO RAZO**

## **PRIMER VOCAL, VICEPRESIDENTE**

**VÍCTOR RAFAEL AGUILAR MOLINA**

## **SEGUNDO VOCAL, SUBTESORERO**

**GUILLERMO ESCAMILLA NARVÁEZ**

## **TERCER VOCAL, SEGUNDO SECRETARIO PROPIETARIO**

**ROGELIO MAGAÑA LUNA**

## **CUARTO VOCAL, PRIMER SECRETARIO SUPLENTE**

**RAÚL RODRÍGUEZ PIÑA**

## **QUINTO VOCAL, SEGUNDO SECRETARIO SUPLENTE**

**ERNESTINA BEJARANO ALFONSO**

## **SEXTO VOCAL**

**PLÁCIDO NÚÑEZ BARROSO**

## **SÉPTIMO VOCAL**

**ALFONSO GÓMEZ PORTUGAL AGUIRRE**

## **CONSEJO EDITORIAL**

ALEJANDRO DOMÍNGUEZ GARCÍA VILLALOBOS

MAURICIO GÁLVEZ MUÑOZ

RICARDO CUEVAS MIGUEL

IGNACIO SOTO SOBREYRA Y SILVA

JOSÉ ÁNGEL FERNÁNDEZ URÍA

DAVID MALAGÓN BONILLA

## LA CARGA EN LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS

JAVIER ARCE GARGOLLO  
NOTARIO NO. 74 DEL D. F.

I. La carga o modo . . . . .	3
II. El modus en el Derecho Romano . . . . .	4
III. Las modalidades en las disposiciones testamentarias . . . . .	5
IV. La carga en las disposiciones testamentarias . . . . .	5
V. Distinción entre la carga y el legado . . . . .	7
VI. Regulación del modo en nuestro Código . . . . .	7
VII. Cumplimiento de la carga . . . . .	9

## REFLEXIONES EN TORNO A LA NATURALEZA JURÍDICA DEL USUFRUCTO UNIVERSAL

ANA PATRICIA BANDALA TOLENTINO  
NOTARIA NO. 195 DEL D. F.

I. Planteamiento . . . . .	13
II. Marco teórico previo . . . . .	15
A) El usufructo . . . . .	15
B) El usufructo universal . . . . .	20
C) El heredero . . . . .	21
D) El legatario . . . . .	22
E) La distinción de la naturaleza del heredero y del legatario . . . . .	25
III. Análisis de la naturaleza del usufructo universal . . . . .	26
IV. Comentario final . . . . .	28

**SALIDA DEL TERRITORIO NACIONAL  
DE PERSONAS SUJETAS A PATRIA  
POTESTAD O TUTELA**

FERNANDO ANTONIO CÁRDENAS GONZÁLEZ  
NOTARIO NO. 44 DE TORREÓN, COAH.

I. Preámbulo.....	31
II. Ley de migración.....	32
III. Reglamento de la Ley de migración.....	33
IV. Lineamientos migratorios.....	37
V. Conclusiones.....	40
VI. Para finalizar... algo mío.....	41

**CAPACIDAD E INCAPACIDAD DE EJERCICIO**

JORGE A. DOMÍNGUEZ MARTINEZ  
NOTARIO NO. 140 DEL D. F.

I. Presentación y plan de secuencia.....	45
II. Algunas cuestiones conceptuales relacionadas.....	46
A) Concepto.....	46
B) Composición de la fórmula.....	46
C) El ejercicio señalado en el concepto. Otras fórmulas.....	46
D) Esencia.....	47
III. Principio de legalidad.....	48
IV. Reglas generales.....	48
V. Régimen aplicable al mayor de edad.....	50
VI. Estatuto Legal De Los Menores.....	51
A) Regla general en sentido opuesto.....	51
B) Grados de incapacidad de ejercicio.....	52
VII. Capacidad y legitimación.....	56
A) Supuestas capacidades especiales.....	56
VIII. Incapacidad natural e incapacidad legal.....	57
IX. El auxilio prestado por la representación legal.....	57
X. Señalamientos críticos.....	58
A) Imprecisiones de origen; algunas superadas.....	58
B) Reformas salteadas.....	61



## EL PATRIMONIO

JOSÉ JOAQUÍN HERRERA VILLANUEVA  
NOTARIO NO. 33 DEL D. F.

I. Introducción . . . . .	67
II. Significado . . . . .	68
III. Planteamiento de la problemática . . . . .	70
IV. Teorías que explican su naturaleza jurídica. . . . .	71
A) Teoría clásica, subjetiva o del Patrimonio-personalidad . . . . .	71
B) Crítica a la Teoría clásica, subjetivista o del Patrimonio-personalidad . . . . .	77
C) Teoría del Patrimonio afectación, moderna u objetiva . . . . .	79
D) Crítica a la teoría del patrimonio afectación, moderna u objetiva. . . . .	85
E) Teorías negativas. . . . .	88
V. Elementos del patrimonio . . . . .	90
VI. Clasificación . . . . .	91
VII. Efectos del Patrimonio. . . . .	93
VIII. Universalidad jurídica y de hecho . . . . .	93
IX. Concepto. . . . .	97

## ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL CONTRATO DE MUTUO

ANA DE JESÚS JIMÉNEZ MONTAÑEZ  
NOTARIA NO. 146 DEL D. F.

I. Origen de su nombre . . . . .	103
II. Antecedentes legislativos en nuestro derecho . . . . .	104
III. Definición legal . . . . .	104
IV. Clasificación en cuanto a la legislación que rige este contrato . . . . .	104
V. Del consentimiento. . . . .	105
VI. Del objeto indirecto del contrato de mutuo, dinero. . . . .	106
VII. Sobre la capacidad para celebrar el contrato. . . . .	110
VIII. Mutuo con interés. . . . .	114
IX. Otros ordenamientos que rigen esta materia . . . . .	116
Conclusiones. . . . .	117
Bibliografía . . . . .	117

## ANÁLISIS DE LAS ACCIONES DE APOORTE

ARMANDO ZACARÍAS OSTOS ZEPEDA  
NOTARIO NO. 20 DEL D. F.

I. Marco legal y presupuestos básicos para el desarrollo del trabajo . . . . .	121
A) Primer presupuesto básico. Las acciones como títulos de crédito. . . . .	121
B) Segundo presupuesto básico. El momento en que ocurre la transmisión de propiedad de los bienes . . . . .	129
C) Tercer presupuesto básico. La teoría de los riesgos. . . . .	131
D) Cuarto presupuesto básico. Exposición de motivos de la Ley general de sociedades mercantiles . . . . .	133
II. Las acciones de Aporte . . . . .	133
A) Primera interrogante . . . . .	134
B) Segunda interrogante. . . . .	134
C) Tercera interrogante . . . . .	137
D) Cuarta interrogante . . . . .	138
E) Quinta interrogante . . . . .	138
F) Sexta interrogante . . . . .	138
G) Séptima interrogante . . . . .	139
H) Octava interrogante . . . . .	139
I) Novena interrogante . . . . .	140
J) Décima interrogante . . . . .	141
K) Décima primera interrogante . . . . .	141
L) Décima segunda interrogante . . . . .	142
M) Décima tercera interrogante . . . . .	144
N) Décima cuarta interrogante. . . . .	145
O) Décima quinta interrogante. . . . .	145
P) Décima sexta interrogante. . . . .	146
Conclusiones. . . . .	146

## DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE SOCIEDADES MERCANTILES

IGNACIO SOTO SOBREYRA Y SILVA  
NOTARIO NO. 13 DEL D. F.

I. Antecedentes de la Sociedad Mercantil. . . . .	151
II. Naturaleza Económica . . . . .	152
III. Derecho Mercantil . . . . .	153
IV. Naturaleza Jurídica. . . . .	154

V. Características de las Normas .....	154
VI. Disolución .....	155
VII. Liquidación .....	156
VIII. Oponibilidad .....	158
IX. Personalidad .....	159
Conclusiones .....	159
Bibliografía .....	161
Diccionarios .....	161
Textos Legales .....	162

## POLÍTICA MONETARIA Y POLÍTICA FISCAL

JESÚS TORRES GÓMEZ  
NOTARIO NO. 224 DEL D. F.

I. Introducción .....	165
II. Breve alusión histórica .....	166
III. Un poco de economía .....	167
A) Consumo .....	168
B) Inflación .....	168
IV. Política fiscal .....	169
V. Política Monetaria .....	174
A) ¿Por qué el Banco de México? .....	175
B) ¿Pero entonces, cómo opera la política monetaria? .....	176
Conclusiones .....	178

## LA CARGA EN LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS

---

## SUMARIO

- I. La carga o modo
- II. El modus en el Derecho Romano
- III. Las modalidades en las disposiciones testamentarias
- IV. La carga en las disposiciones testamentarias
- V. Distinción entre la carga y el legado
- VI. Regulación del modo en nuestro Código
- VII. Cumplimiento de la carga

# LA CARGA EN LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS

Javier Arce Gargollo

Notario No. 74 del D. F.

## I. LA CARGA O MODO

Nuestro Código civil<sup>1</sup> hace referencia a la carga o modo en el capítulo de “Las condiciones que pueden ponerse a los testamentos” (arts. 1361, 1362 y 1419) y en el contrato de donación (art. 2368), pero no da una definición de esta modalidad, como si lo hace de la obligación condicional (art. 1938) o la obligación a plazo (art. 1958).

La carga (o modo) es una modalidad que se da en los actos jurídicos a título gratuito —donación o testamento—, para que la ventaja de dicho acto la reciba un tercero que no es directamente el donatario, el heredero o el legatario.

Quien desea, al celebrar un negocio a título gratuito, *mortis causae o inter vivos*, que la ventaja patrimonial esté destinada, en todo o en parte, a un determinado fin, en interés propio o de un tercero, provee de ello disponiendo *sub modo*, es decir, imponiendo a la atribución patrimonial una carga, que es al mismo tiempo un límite (*modus*) obediente a aquella finalidad.<sup>2</sup>

Entre los autores se dice que “el modo es una carga impuesta al que recibe una liberalidad. No suspende ni resuelve el vínculo contractual, pero constriñe y obliga al aceptante a efectuar las cargas que se le imponen. No modifica en rigor el contrato, sino que constituye en él una prestación accesoria.”<sup>3</sup>

La carga o modo solamente se puede establecer en negocios de naturaleza gratuita, en los que existe una liberalidad, pues “la liberalidad constituye el pre-

---

<sup>1</sup> Todas las referencias y disposiciones que se citan en este trabajo, si otra cosa no se indica, corresponden al Código Civil para el Distrito Federal.

<sup>2</sup> BETTI, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, traducción de Martín Pérez, 2ª edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1959, p. 415.

<sup>3</sup> GIORGI citado por BORJA SORIANO, Manuel, *Teoría general de las obligaciones*, 8ª edición, Editorial Porrúa, México 1982, Núm. 417.

supuesto de la obligación modal, la cual no surge sino después de la efectiva recepción del beneficio por parte de la persona obligada, puesto que su sentido es que de la liberalidad se obtengan los medios para soportar la carga impuesta.”<sup>4</sup>

Aunque la carga es una modalidad de los actos jurídicos, como lo son también la condición y el plazo, la carga se distingue de la condición en que “la condición se funde con la voluntad misma del disponente, la cual es un todo unitario; es decir una voluntad condicionada; la condición forma parte del mismo acto volitivo. El *modus*, en cambio, es una determinación destacadamente accesorio de la voluntad, que se añade a ella pero no la invade ni la compenetra. El acto de liberalidad tiene una consideración propia, a la que se añade la obligación que viene impuesta al beneficiario.”<sup>5</sup>

El modo se diferencia de la condición en que “el modo obliga, pero no suspende; la condición suspende, pero no obliga”.<sup>6</sup>

## II. EL MODUS EN EL DERECHO ROMANO

La figura de la carga se desarrolló en el Derecho Romano donde se conoció con el nombre de *modus*. “Este *modus* consiste en un gravamen que se impone a la persona favorecida en las donaciones y actos de última voluntad, que no suspende las consecuencias del acto, sino que atribuye solo en el Derecho Justiniano a las personas interesadas, el derecho de proceder contra el favorecido para la ejecución del *modus* o la revocación del beneficio.”<sup>7</sup>

El *modus* en Roma “se diferencia de la condición suspensiva, en que subordina el efecto a que se realice el evento previsto, mientras que la disposición *sub modo* produce sin más efectos, si bien el que recibe está obligado a satisfacer la carga. El *modus* se distingue también de la simple recomendación, carente de efectos jurídicos, que a menudo se hace en interés del mismo que recibe; distinguirla del *modus* es cuestión de interpretación.”<sup>8</sup>

<sup>4</sup> Betti, *op. cit.*, p. 416.

<sup>5</sup> TORRALBA SORIANO, Orencio Vicente, *El modo en el Derecho civil*, Editorial Montecorvo, Madrid 1967, p. 95.

<sup>6</sup> TORRALBA SORIANO, *op. cit.* p. 45.

<sup>7</sup> BONFANTE, Pedro, *Instituciones de Derecho Romano*, 3ª edición, traducción de Luis Bacci y Andrés Larrosa, Instituto Editorial Reus, Madrid 1965, p. 86.

<sup>8</sup> BIONDI, Biondo, *Sucesión testamentaria y donación*, 2ª edición revisada, traducción de Manuel Fairén, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1960, pg. 580.

### III. LAS MODALIDADES EN LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS

En nuestro Código, las disposiciones testamentarias pueden ser puras y simples, o tener modalidades. Estas modalidades son la condición, el plazo o término y la carga o modo.

“La disposición *mortis causa* es una liberalidad, y en las liberalidades es donde el derecho permite matizar de manera más sutil, porque quien brinda algo a otro sin pedirle nada a cambio, parece justo ofrecerle la posibilidad de que gradúe a su gusto los supuestos de eficacia o ineficacia de su voluntad, el fin y destino último de los bienes que cede y las limitaciones que ponga a quienes lo reciben (Royo Martínez).”<sup>9</sup>

Los principios generales y características que rigen a estas modalidades son:

a) “El testador es libre para establecer condiciones al disponer de sus bienes” (art. 1344).

b) “Las condiciones impuestas a los herederos y legatarios, en lo que no esté prevenido en este capítulo se regirán por las reglas establecidas para las obligaciones condicionales” (art. 1345).

c) “En materia de condiciones, la reglamentación de las mismas en lo que se refiere a obligaciones difiere de la relativa a testamentos”.<sup>10</sup>

### IV. LA CARGA EN LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS

El *modus* en las disposiciones testamentarias se desarrolló en el Derecho Romano como un medio por el cual el testador beneficiaba con ciertos bienes o prestaciones de su herencia a determinadas personas que no tenían capacidad para ser herederos o legatarios. Era un medio indirecto por el que lograba que un cierto beneficio fuera recibido por una persona y que esta pudiera hacer valer este beneficio a su favor.

El *modus*, en el sistema romano de la tipicidad de las disposiciones testamentarias tuvo la principal función de permitir al testador conseguir algunos fines a los que no podía haber llegado de otro modo. Mientras que hoy cualquier disposición que no sea contraria a la ley o a las buenas costumbres, produce efectos jurídicos, en el sis-

<sup>9</sup> RIVAS MARTÍNEZ, Juan José, Derecho de Sucesiones. Común y Foral. 2ª. edición, Editorial Dykinson, Madrid 1997, tomo I, p. 597.

<sup>10</sup> ARCE Y CERVANTES, José, *De las Sucesiones*, 10ª edición, Editorial Porrúa, México 2012, pp. 74 y 75.



tema romano solo era posible conseguir mediante la imposición de un *modus* o una condición la finalidad práctica que no estuviera en el ámbito concreto de las disposiciones típicas reconocidas por la ley. El *modus* se presenta así como una disposición paralela a aquella en la que ha sido inscrito. El modo tiene sobre la condición la ventaja de que no subordina la eficacia de la disposición a que se satisfaga el hecho previsto y permite así atribuir al beneficiado los medios para conseguir el fin deseado.<sup>11</sup>

En la carga o modo el testador quiere que el heredero o legatario lo sea, pero que otra persona reciba un beneficio. Es necesario, por tanto, que el obligado a la carga sea heredero o legatario para que resulte obligado y pueda cumplir con lo que el testador le impone como carga; su institución o nombramiento no está sujeto a condición, sino a algo distinto que es, precisamente, la carga.

El *modus* en el testamento es el medio técnico para beneficiar *mortis causa* a una persona, aún sin necesidad de llamarla a la sucesión en calidad de heredero o legatario. Figuras de cargas son, *entre otras*, las disposiciones a favor del alma o a favor de los pobres. El beneficiario del *modus* es acreedor no de la herencia sino del que sufre la carga (heredero o legatario).<sup>12</sup>

Por tanto, “hay institución de heredero o legatario con carga o *sub modo* cuando al instituido se le impone una cierta obligación, de manera que recibe la liberalidad, pero debe cumplir aquélla.”<sup>13</sup>

La carga, que puede ser impuesta al heredero o al legatario, es un medio útil para beneficiar a personas a quienes no conviene involucrar en el testamento como herederos o legatarios y que, en un momento dado, no es necesario que acepten expresamente el beneficio que supone la carga.

El *modus* puede tener el contenido más diverso: puede consistir en algo que no vaya en beneficio de nadie. Ligándolo a una disposición, el testador puede conseguir un resultado que no podría obtener de otra manera: por ejemplo, disposición con la carga de celebrar misas por su alma; para proveer al mantenimiento de un animal; proveer a la construcción de un monumento, etc. Por ello, no es decisiva la determinación o indeterminación de la persona en beneficio de la cual redundará el cumplimiento del *modus* o de la prestación que haya de realizarse.<sup>14</sup>

---

<sup>11</sup> BIONDI, *op. cit.*, p. 580.

<sup>12</sup> MESSINEO, Francesco, *Manual de Derecho civil y comercial*, traducción de Santiago Sentis Melendo, Ediciones Jurídicas Europa America, Buenos Aires 1979, tomo VII, p. 138.

<sup>13</sup> ALBALADEJO, Manuel, *Curso de Derecho civil, Derecho de Sucesiones*, tomo V, 7ª edición, Jose María Bosch Editor, S.L., Barcelona 1997, p. 255.

<sup>14</sup> CICU, Antonio, *El testamento*, traducción de Manuel Fairén Martínez, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1959, p. 291.

## V. DISTINCIÓN ENTRE LA CARGA Y EL LEGADO

Como el beneficiario de la carga recibe un bien o una prestación que proviene de la herencia es necesario no confundirla con un legado, pues el legatario recibe el bien o prestación directamente de la masa hereditaria, mientras que el beneficiario de la carga lo recibe en forma indirecta a través del obligado por la carga, el heredero o el legatario.

Así, “hay legado cuando una persona atribuye a una persona un bien, consistente en cosa determinada que haya de satisfacer el heredero o el legatario: de ahí resulta que surge a favor del legatario un derecho real o de crédito, como un derecho autónomo. No pasa así en el *modus* al faltar esta atribución, de manera que el beneficio no lo obtiene el tercero hasta que el *modus* sea realizado.”<sup>15</sup>

La carga se distingue del legado en lo siguiente<sup>16</sup>:

a) El legado es autónomo, es una sucesión directa del difunto al legatario quien es causahabiente del testador. La carga es accesoria, el beneficiario solo puede reclamarla al heredero o al legatario gravado con la carga.

b) El beneficiario del modo, por no ser un sucesor del autor de la herencia, puede recibir el beneficio, aún cuando sea indigno; no así el legatario.

c) El modo testamentario deriva directamente de la liberalidad e indirectamente de la herencia; el beneficiario de la carga tiene derecho a su beneficio no desde la muerte del testador, sino desde que el gravado recibió la liberalidad.

d) Una vez que se ha hecho la distribución de la masa hereditaria, el modo existe solamente como obligación personal del gravado. Una vez que el gravado ha recibido la herencia o legado, la obligación modal se desconecta de la sucesión y existe solo como obligación personal del gravado.

## VI. REGULACIÓN DEL MODO EN NUESTRO CÓDIGO

En nuestro Código, “la carga no tiene una regulación sistematizada; su alusión está salpicada para supuestos de índole diversa; particular y precisamente en las condiciones que el testador puede poner en su testamento, sea en los legados, en las sustituciones hereditarias y otros relacionados.”<sup>17</sup>

Los principios bajo los cuales se regula la carga en nuestro Derecho son:

a) El testador puede gravar con legados a los herederos y a los legatarios (art. 1394). Esta disposición se aplica, por analogía, para las cargas o gravámenes.

<sup>15</sup> CICU, *op. cit.*, p. 292.

<sup>16</sup> Cfr. TORRALBA SORIANO, *op. cit.* pp. 187 a 198.

<sup>17</sup> DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *Derecho Civil. Sucesiones*, Editorial Porrúa, México 2013, pp. 204 y 205.

b) La carga puede ser una obligación de dar o de hacer. El modo puede tener el contenido más diverso, patrimonial o no patrimonial (por ejemplo el alma o la memoria del testador).

c) La nulidad del legado o de la institución de heredero origina también la nulidad de la carga.

d) “Al *modus* imposible o ilícito se le da el mismo tratamiento que a la condición imposible o ilícita”<sup>18</sup>, es decir, anula la obligación del heredero o legatario de cumplir con la carga (art. 1347, por analogía).

e) “Si la carga consiste en la ejecución de un hecho, el heredero o legatario que acepte la sucesión queda obligado a prestarlo” (art. 1419). “La aceptación es la base de la obligatoriedad.”<sup>19</sup>

f) El heredero o legatario gravado con la carga se libera de ésta si repudia la herencia o el legado.

g) Si el obligado a la carga renuncia, la carga “se pagará solamente con la cantidad a que tiene derecho el que renunció” (art. 1418).

h) El heredero o legatario responden de la carga con la cantidad o bienes que reciben.

i) “El modo ha de ser inferior, o como máximo igual a la liberalidad, perdiendo, en lo que sobrepase a ésta, su carácter obligatorio y transformándose en un simple ruego que el gravado podrá cumplir si quiere hacerlo.”<sup>20</sup>

j) ¿Que sucede si el heredero o legatario no reciben nada, pues se pagaron deudas de la herencia? Ya no hay carga o modo, pues el gravado no recibe una liberalidad que sea el fundamento de su obligación modal.

k) Por falta, renuncia o impedimento del heredero o legatario gravado con la carga, la obligación de cumplir con la carga pasa a quienes lo sustituyan. “Los substitutos recibirán la herencia con los mismos gravámenes y condiciones con que debían recibirlos los herederos, a no ser que el testador haya dispuesto expresamente otra cosa, o que los gravámenes o condiciones fueren meramente personales del heredero” (art. 1476).

l) Una forma importante de establecer cargas es señalar “la aplicación que haya de darse a lo que se dejó al instituido.”<sup>21</sup> Por ejemplo, dejo a mi sobrina una cantidad de dinero para que repare la casa de su madre; dejo como legado el saldo de una cuenta de inversión para la manutención de la hermana del legatario.

<sup>18</sup> MESSINEO, *op. cit.*, p. 138.

<sup>19</sup> TORRALBA SORIANO, *op. cit.* p. 130.

<sup>20</sup> TORRALBA SORIANO, *op. cit.* p. 129.

<sup>21</sup> ALBALADEJO, *op. cit.*, p. 256.

Nuestra ley señala el caso en el que se impone al heredero la obligación de invertir en obras benéficas (art. 1483).

m) Si la carga no tiene plazo para su cumplimiento, se entiende el que sea conforme a su naturaleza, y si no puede señalarse, el albacea retiene la herencia o el bien (art. 1362).

## VII. CUMPLIMIENTO DE LA CARGA

¿Cómo está tutelado jurídicamente el cumplimiento de la carga?

Es este el problema más delicado que presenta esta figura.

Pueden exigir el cumplimiento de la carga, atendiendo al contenido de ésta, el albacea, los herederos y el beneficiario de la misma. Estos pueden exigir al heredero o legatario gravado el cumplimiento forzoso de la carga.

Sin embargo, ¿cuáles serán las consecuencias si el obligado por la carga no cumple? El juez podría declarar que se revoque el acto que dio origen a la carga, es decir al legado o al beneficio que recibe el heredero obligado con ese gravamen. Dice Hemard: “Por sus efectos, el modo se parece a la condición resolutoria. Cuando la carga no es ejecutada, la revocación del acto puede ser demandada y tiene por efecto hacer desaparecer retroactivamente el acto jurídico, borrarlo aún en el pasado”.<sup>22</sup>

“En nuestro Código la carga no sigue a la doctrina sino que la considera como una condición resolutoria (art. 1361)”,<sup>23</sup> de modo que el obligado que no cumple pierde su carácter de heredero o legatario. Esta es una solución práctica que tiene como consecuencia el que el heredero o legatario incumplido perderán ese carácter y, en su lugar, el heredero o legatario sustitutos, si aceptan, quedan obligados al cumplimiento de la carga.

El artículo 1361 que dice: “La carga de hacer alguna cosa se considera como condición resolutoria”, está copiado textualmente del artículo 3268 del Código civil de 1884 y del artículo 3403 del Código de 1870.

Las disposiciones de nuestros Códigos anteriores tienen como fuente directa al artículo 728 del Proyecto Sierra y como fuente más remota al artículo 709 del Código Austriaco.<sup>24</sup> Estas disposiciones dicen:

---

<sup>22</sup> HEMARD, citado por Borja Soriano, *op. cit.*, p. 817.

<sup>23</sup> ARCE Y CERVANTES, *op. cit.*, p. 83.

<sup>24</sup> BATIZA, Rodolfo, *Las fuentes del Código civil de 1928*, Editorial Porrúa, México 1979, pp. 708 y 709. GARCÍA TÉLLEZ, Ignacio, *Motivos, colaboración y concordancias del nuevo Código civil mexicano*, México 1932.

Art. 728 del Proyecto Sierra.- “Si se ha dejado una herencia o legado con la carga de hacer alguna cosa, se mira esta carga como condición resolutoria, que no suspende la prestación de la herencia o legado; pero que los resuelve o deja sin efecto en el caso de no cumplirse la carga.”

Art. 709 del Código Austriaco.- “Si se ha dejado un legado con la carga de hacer alguna cosa, se mira esta condición como resolutoria, es decir, que no suspenderá la prestación del legado hasta cumplirse con la carga, pero lo resolverá o dejará sin efecto en el caso de no cumplirse.”

# REFLEXIONES EN TORNO A LA NATURALEZA JURÍDICA DEL USUFRUCTO UNIVERSAL

---

## SUMARIO

- I. Planteamiento.
- II. Marco Teórico previo.
  - A) El usufructo.
  - B) El usufructo universal.
  - C) El heredero.
  - D) El legatario.
  - E) La distinción de la naturaleza del heredero y del legatario.
- III. Análisis de la naturaleza del usufructo universal.
- IV. Comentario final.

# REFLEXIONES EN TORNO A LA NATURALEZA JURÍDICA DEL USUFRUCTO UNIVERSAL

**Ana Patricia Bandala Tolentino**

Notaria No. 195 del D. F.

## I. PLANTEAMIENTO

Es frecuente en la práctica notarial que una persona beneficie en su disposición testamentaria a quien le sucede con el usufructo de todos sus bienes y disponga de la nuda propiedad en favor de otra u otras personas.

En cuanta ocasión se presenta esa petición, se plantea al notario la duda de si esa disposición debe tenerse como la institución de un heredero o de un legatario. Es decir, si el usufructo a título universal objeto de la disposición, debe tenerse como herencia o como legado. Esta distinción no es sólo teórica, ya que los efectos y consecuencias de considerarlo de una u otra manera son distintos.

El propósito de este trabajo es ofrecer puntos de vista personales, con apoyo en las opiniones de algunos autores, y tiene por objeto determinar con precisión hasta donde sea posible, la naturaleza del usufructo constituido por disposición testamentaria sobre la totalidad, o una parte alícuota de los bienes de un sujeto. Lo que se ha denominado usufructo universal.

El usufructo ha respondido desde su creación a una necesidad humana anímica esencial del ser humano de garantizar la protección de una o más personas cercanas a los sentimientos, responsabilidades y preocupaciones del titular de un patrimonio, de proveer a la subsistencia de esa o esas personas, particularmente para cuando ocurra su desaparición física.

Independientemente del deseo natural de trascender del ser humano para después de su muerte, se ha considerado desde la antigüedad como un deber natural del jefe de familia en sentido amplio, la de asegurar la supervivencia de sus sucesores, y fue ello que dio lugar a la creación del usufructo en Roma.

La tranquilidad que le proporciona a un jefe de familia resolver esa necesidad de subsistencia de quien está confiado a sus cuidados, se complementa con la de conservación de su patrimonio con la debida y correcta administración de los bienes que lo integran. En la casi totalidad de los casos en que se presenta esta



dicotomía para un testador, específicamente se está ante la existencia de uno o más dependientes, sea cónyuge, hijos, nietos, padres y hasta abuelos o personas confiadas al cuidado y responsabilidad del titular de un patrimonio y que requieren de su protección, pero a los cuales no se puede o no se debe, por sus propias características —minoridad, incapacidad natural, enfermedad, ignorancia, debilidad de carácter o minusvalía de cualquier naturaleza— dejar la plena propiedad de los bienes, ya que no se confía en sus capacidades para la sana administración y disposición de los mismos. Tradicionalmente se constituyó en la antigüedad, y pareciera que todavía sucede en el presente, en favor del cónyuge supérstite, y particularmente de las mujeres viudas, protegiéndolas y asegurando su subsistencia, sin instituir las herederas en perjuicio de los hijos como lo afirma ALEJANDRO DOMÍNGUEZ GARCÍA VILLALOBOS (*El usufructo*. 3a. edición, Porrúa, México, 1997, pág. 27).

En ocasiones, ello obedece a la idea arraigada en las sociedades de muchos países de considerar a la mujer como poco avezada para la administración de bienes y negocios y en otras, muchas más, en que la herencia debe conservarse para la protección de los descendientes y que la conservación del patrimonio será “más segura y más justa” en manos de éstos.

Es sorprendente la cantidad de casos que se plantean en la actualidad, en los cuales las motivaciones para instituir este tipo de disposiciones parecen responder más a causas sentimentales, que a racionales. Sin caer en extremos de feminismo, debe tomarse en cuenta la cantidad de familias en todo el mundo que por diversas circunstancias se encuentran confiadas a la responsabilidad de uno solo de los padres, en cuya inmensa mayoría es la madre sola, quien con mucho sacrificio y con menor o mayor éxito, saca adelante a los hijos.

Indiscutiblemente, el valor superior a preservar en materia testamentaria, al menos para la autora de estas líneas, es la libertad absoluta del titular y probablemente el creador de un patrimonio, para determinar el destino de sus bienes para después de su muerte y es por ello que él debe ser quien lo determine unilateralmente, por ser, además, quien conoce mejor que nadie las necesidades, los merecimientos, las cualidades y las habilidades de quienes lo sucederán en la titularidad de su patrimonio.

Partimos de la base, adicionalmente, de que el derecho de usufructo solamente puede ser instituido en materia sucesoria, a través del testamento.

Como es comprensible, el desarrollo de estas líneas es con referencia a las disposiciones contenidas en el Código Civil para el Distrito Federal; por ende cualquier alusión simplemente al código, será respecto de dicho ordenamiento; además de que al citar un precepto sin señalamiento de la ley a la que corresponde, será a dicho código.

## II. MARCO TEÓRICO PREVIO

### A) EL USUFRUCTO

El usufructo es un derecho real creado en la antigüedad que por su utilidad continúa vigente, y por ello se puede considerar de una actualidad permanente, según afirma con razón DOMÍNGUEZ GARCÍA VILLALOBOS (Ob. cit. pág. 30).

Los Códigos Civiles de 1870 y 1884 lo definían como “*el derecho de disfrutar de los bienes ajenos, sin alterar su forma ni substancia*” (arts. 963 y 865 respectivamente) y el actual, como “*el derecho real y temporal de disfrutar de los bienes ajenos*” (art. 980).

RAFAEL ROJINA VILLEGAS (*Derecho Civil Mexicano. Bienes, derechos reales y posesión*. 5a. edición, Porrúa, México, 1981, T. III, pág. 425), define al usufructo de manera más completa como “*el derecho real, temporal, por naturaleza vitalicio, para usar y disfrutar de los bienes ajenos sin alterar su forma ni sustancia*”.

Las características esenciales del derecho real de usufructo son:

I. La imposibilidad de variar, alterar o menoscabar la sustancia, la identidad y el destino económico de los bienes sobre los que recae. Ello implica la prohibición absoluta de destruirlos o consumirlos y por ende la indispensable necesidad de conservar la integridad material y la potencialidad productiva normal de los bienes usufructuados, incluyendo la posibilidad de acrecentar su valor, pero siempre con respeto absoluto al destino dado por el propietario.

De esta característica esencial se derivan las obligaciones básicas del usufructuario, que pueden dividirse en las anteriores a entrar en posesión de los bienes, las generadas durante la vigencia del usufructo y las generadas a su extinción.

Las anteriores a la tenencia de los bienes contenidas en el artículo 1006 del Código Civil son:

a) La de formar a su costa y con citación del dueño, un inventario con tasación o valuación de los muebles y constancia del estado material en que se hallen los inmuebles.

Como señala ROJINA VILLEGAS (ob. cit. pág. 446) el propietario puede dispensar al usufructuario de formular el inventario y la tasación de los bienes, o de hacerlo sin formalidades especiales dados los costos que ello puede acarrear, o bien hacer un inventario y valuación amistosos, pero ello podría redundar en perjuicio del propio usufructuario, llegado el momento de la restitución.

b) La de otorgar fianza para garantizar que usará los bienes con moderación, sin dañarlos ni deteriorarlos, para restituirlos a la extinción del usufructo en las condiciones más cercanas posibles al estado en el cual se encontraban al iniciar el usufructo, con el deterioro normal de un uso moderado y respetuoso, y aún mejores si fuere posible.

Independientemente de la regulación contenida en los artículos 1007 y siguientes del Código Civil, el testador puede imponer como carga al heredero la obligación de dispensar al usufructuario de la obligación del otorgamiento de la fianza.

Es de destacar que mientras no se cumplan las obligaciones señaladas, en el caso de no haber sido dispensadas, el usufructuario no puede exigir la entrega de los bienes.

Las generadas durante la vigencia del usufructo son:

a) La de usar y disfrutar los bienes con moderación, sin empeorarlos ni deteriorarlos, como lo establece el propio art. 1006 en su fracción II. La regulación detallada que establece nuestro Código respecto al cuidado, reparaciones y sus pagos, avisos al dueño, repeticiones de gastos y demás, resaltan la esencia de la no variación o menoscabo importante de los bienes que desde la Roma jurídica han dado su naturaleza al derecho real de usufructo;

b) La de destinar los bienes al uso convenido, o en su caso, al cual le corresponda conforme a su naturaleza;

c) La de conservar los bienes en el estado en que se entregaron para su disfrute, con el cuidado y la diligencia de un buen padre de familia y la de responder de los daños y perjuicios originados por su culpa o negligencia o de quien lo substituya en el uso de los bienes con su autorización. El término moderación es aplicable también a la responsabilidad del usufructuario, también ella será ordinaria, aunque en un usufructo gratuito, será de más alto grado;

d) La de informar al nudo propietario de cualquier perturbación que sufriere en el uso y disfrute de los bienes, lo que afectaría al nudo propietario en su derecho, y si no lo hace es responsable de los daños resultantes como si fueran ocasionados por su propia culpa (art. 1034). Esa obligación de notificar al nudo propietario es independiente del derecho que le asiste al usufructuario para ejercitar las acciones que a su derecho competan como poseedor de los bienes, o para defenderse de la afectación de sus derechos específicos de usufructuario;

e) La de reparar los bienes. Tratándose de la constitución de usufructo por testamento, el usufructuario deberá hacer las reparaciones indispensables para mantener los bienes en el estado en que los recibió (art. 1017), no aquéllas provenientes de vejez, vicio intrínseco o deterioro grave de la cosa, anterior a la constitución del usufructo (art. 1018), puesto que el pago de esas reparaciones extraordinarias podría ya no guardar proporción con los frutos que los bienes produzcan y si quiere hacerlas, deberá obtener el consentimiento del dueño y no podrá exigir indemnización alguna (Art.1019). Por contra, si el nudo propietario las hace, dado que no tiene obligación de hacerlas, tampoco podrá exigir indemnización por ellas (art. 1020);

f) La de responder de las cargas usufructuarias. Siguiendo señalamientos de ROJINA VILLEGAS (Ob. cit. pág. 450 y sigs.), la responsabilidad del usufructuario

y del nudo propietario se divide según si grava los frutos o si afecta a los bienes mismos. Por ello, la disminución de los frutos por cargas ordinarias deberá ser sufrida y pagada por el usufructuario y toda carga extraordinaria que grave o afecte al bien mismo, deberá ser soportada proporcionalmente por el nudo propietario y por el usufructuario, cubriendo el primero el capital y el segundo los intereses por todo el tiempo que dure el usufructo.

ROJINA VILLEGAS distingue, en los casos de herencia, el usufructo a título universal del que es a título particular. En el primero, tema central de este trabajo, el usufructuario podrá anticipar las sumas para el pago de las deudas hereditarias que correspondan a los bienes dados en usufructo, y tendrá derecho de exigir del nudo propietario su restitución sin intereses al extinguirse el usufructo (art. 1031); intereses los cuales, por tanto, soportará íntegramente el usufructuario. Si el nudo propietario hiciera el pago de las deudas por su cuenta, el usufructuario deberá pagar los intereses sobre la suma pagada por todo el tiempo del usufructo (arts. 1033 y 1025) y si ninguno de los dos quiere o puede hacer el pago, el nudo propietario podrá hacer que se venda la parte de los bienes suficiente para el pago de la suma a satisfacer (art. 1032).

Por último, según el artículo 1027, el usufructuario universal está obligado a pagar por entero el legado de renta vitalicia o la pensión de alimentos, —estas cargas dice el autor— *“equivalen a una afectación sobre los frutos y serán a cargo del usufructuario”* (ob. cit. págs. 451 y 452). Esto responde al razonamiento expresado por ROJINA VILLEGAS de la justicia de que esas cargas graven los frutos producidos precisamente por los bienes usufructuados, pues durante la duración del usufructo el nudo propietario no recibe ninguna utilidad de las generadas por los bienes objeto de ese derecho.

Las que se generan al extinguirse el usufructo son:

a) La de restituir los bienes en un buen estado de conservación, en su forma y sustancia intactas y con sus accesiones. En el caso del usufructo vitalicio, esa obligación no es propiamente del usufructuario, pues su derecho se extingue precisamente por su muerte; por ello esa restitución será a cargo de los sucesores del usufructuario. En una gran mayoría de los casos tratándose de este tipo de usufructo, el nudo propietario simplemente toma posesión de los bienes, sin necesidad de que nadie se las entregue, con tan sólo las formalidades de Ley.

Como el usufructo sobre bienes inmuebles debe inscribirse en el Registro Público de la Propiedad correspondiente, de la extinción del mismo también deberá tomarse nota; y

b) La obligación de rendir cuentas en este tipo de usufructo, a su extinción, esa obligación será a cargo de los sucesores del usufructuario, en caso de haberla.

En cuanto a las obligaciones del nudo propietario, la principal es la de no perturbar al usufructuario en el ejercicio de su derecho, independientemente de

las ya señaladas de pagar el capital de las deudas hereditarias y de la defensa de los bienes usufructuados.

El nudo propietario puede ejercer sobre los bienes usufructuados los actos de dominio convenientes a sus intereses, vender, donar, permutar, aportar a sociedades, dar en pago, fideicomitir, transmitir en renta vitalicia, legar, heredar, hipotecar, constituir servidumbres, pero cualquiera que sea el acto celebrado, el usufructo subsistirá en sus términos y el adquirente del bien, el heredero, legatario, fiduciario, etcétera, el acreedor o el propietario del predio dominante deberá soportar el usufructo hasta la extinción del mismo, y, en su caso, cuando así proceda, el usufructuario tiene derecho del tanto (art. 1005).

Retomando las características esenciales del derecho de usufructo, es de señalar que:

II. El derecho de usufructo debe recaer siempre sobre bienes no consumibles, es decir, aquellos que no se agoten por su primer uso. El concepto de cuasi-usufructo es ajeno al aspecto principal de este trabajo;

III. Los derechos integrantes del derecho real de usufructo, inseparables entre sí, no obstante la definición contenida en nuestro código, son el uso y el disfrute del bien ajeno, sin, como ha quedado apuntado, poder variar la sustancia y destino de los bienes sobre los que se constituye;

IV. Su temporalidad. En cualquier caso, aun cuando se instituya como vitalicio, el usufructo tendrá un límite en el tiempo, pues como es natural toda vida humana por larga que sea, tiene una duración limitada; a diferencia del derecho de propiedad que es perpetuo.

A este respecto, resalta la frecuencia y la naturalidad de su constitución como vitalicio, y la disposición expresa del Código Civil en el artículo 986, en el sentido de ser *“vitalicio el usufructo si en el título constitutivo no se expresa lo contrario”* refuerza esta idea. También corrobora lo anterior lo establecido en el art. 1469 en el cual se establece que el legado de usufructo subsistirá mientras viva el legatario, a no ser por disposición del testador de una duración menor.

Desde luego, aun siendo vitalicio, el usufructo puede terminar por alguna causa de extinción de las establecidas por la Ley (art. 1038), entre las cuales, precisamente la primera es la muerte del usufructuario y es de destacar que si el usufructo fue constituido por plazo determinado y el usufructuario muere antes de cumplirse el mismo, el usufructo se extingue.

La temporalidad del usufructo sobre inmuebles constituido en favor de personas morales tiene un máximo de veinte años, en los términos establecidos en el art. 1040, y cesará antes en el caso de que dichas personas dejen de existir.

La intención más señalada en el Derecho Romano para este derecho real desde su creación fue precisamente la protección de personas por cuyas naturaleza y características especiales se han considerado a lo largo de la historia como

más débiles, necesitadas y dignas de protección, a las cuales se les concede el uso y el disfrute de los bienes para su sostenimiento, pero no su disposición. Se destinó en sus orígenes, como se ha señalado, a la protección de las viudas, los ancianos, los enfermos, los dementes, etc... a quienes se alejó del ejercicio pleno del derecho de propiedad por considerarlos no aptos para el manejo y dominio pleno sobre los bienes, y dejando esta facultad a quienes sí cuenten con la plena capacidad para administrar sus bienes, desde aquellos tiempos hasta la actualidad, los descendientes del padre de familia.

Se protegía el patrimonio familiar sin descuidar y desamparar a los débiles de la familia o del entorno social cercano y sin dejar al arbitrio de los sucesores naturales del testador el cuidado y protección de esas personas débiles. Su utilidad, prácticamente en los mismos términos que en la antigüedad, continúa vigente en la actualidad, como reitero, considera DOMÍNGUEZ GARCÍA VILLALOBOS.

Una vez transcurrido el plazo de su duración, el derecho del usufructuario se extingue sin dejar rastro y sin transmitir derecho alguno a sus herederos (art. 1038).

Al extinguirse el usufructo, la plena propiedad se consolida en la persona del nudo propietario. Ello sin dejar de lado que el derecho de usufructo puede constituirse, ya sea como simultáneo en favor de varias personas quienes lo gozarán de manera conjunta en cuyas proporciones se les hayan señalado, con la posibilidad o no de acumulación o acrecimiento a los que vayan sobreviviendo de ellos según lo establezca el testador en el acto de su constitución, o como sucesivo entre varios usufructuarios los cuales se irán sucediendo conforme se vaya extinguiendo el derecho del anterior, por lo que no se extinguirá sino hasta la muerte del último de los designados por el testador. Esto último con la cualidad natural de que todos los usufructuarios sucesivos designados habrán debido estar vivos en la fecha de la muerte del testador, que es el *“tiempo de comenzar el derecho del primer usufructuario”* (art. 984).

En el supuesto antes expresado de la institución de usufructuarios sucesivos designados por el testador, el derecho de usufructo de cada uno de ellos, provenirá siempre de la voluntad de éste, sin intervención alguna de la del usufructuario anterior.

V. El carácter personal, ya que se instituye o crea en favor de una persona determinada, por sus características especiales para quien constituye el derecho, y es en razón de ello que el usufructo termina siempre con la vida del usufructuario si no se le ha señalado un plazo diferente, momento en el cual los contratos que hubiere celebrado el usufructuario, en su caso, una vez terminado el usufructo no obligan al propietario y están por ello, sujetos a la temporalidad del usufructo (art. 1048).

Este carácter personal exclusivo del usufructuario, que lo hace inherente precisamente a él y se concede para beneficiar a esa persona y no a ninguna otra,

plantea la duda respecto de si el derecho de usufructo entra o no a la sociedad conyugal, lo cual en mi concepto es en el sentido negativo y desde luego, al morir el usufructuario designado, el derecho se extingue sin consideración alguna para el cónyuge superviviente cualquiera que hubiese sido el régimen patrimonial de su matrimonio, al no haber tenido éste participación alguna; lo cual se hace extensivo a cualquier supuesto de disolución del matrimonio por cualquier causa.

La transmisibilidad del usufructo existente en la actualidad, no así en su origen, permitida en nuestro código en su art. 1002, no atenta contra el carácter personal del usufructo, ya que el derecho transmitido durará para el adquirente de él, el mismo tiempo de duración del usufructo, ya sea el plazo estipulado, o como máximo, la vida del usufructuario, es decir, la existencia del derecho transmitido por el usufructuario dependerá y terminará con la vida de éste, si no hay incluso un vencimiento anterior.

## B) EL USUFRUCTO UNIVERSAL

De las opiniones expresadas por los diversos tratadistas consultados destacan las siguientes:

JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO señala que las características del llamamiento de un usufructuario universal, le permiten usufructuar todos y cada uno de los bienes de la herencia, lo cual hará posible su participación en la administración y defensa de los bienes hereditarios cuando se presenten actos que afecten su derecho. (*Condición universal o particular de la sucesión en el usufructo de la herencia*. Estudios Jurídicos en homenaje a Tirso Carretero. Centro de Estudios Hipotecarios. Madrid, 1985, págs. 268 a 287).

No obstante los intereses en ocasión encontrados del usufructuario y del nudo propietario, es de destacarse que ambos detentan derechos reales complementarios, los cuales se sustentan sobre el mismo o los mismos bienes y por su propia naturaleza coexisten en el tiempo.

En opinión del tratadista español LUIS JAVIER GUTIÉRREZ JEREZ, el sistema subjetivo de la determinación de la naturaleza jurídica del sucesor hereditario, debe prevalecer, de forma que si lo querido por el testador es un llamamiento universal, debe valer como tal, con los límites objetivos que impone la técnica jurídica. (*El legado de usufructo en el Derecho Civil Común*. Universidad de Jaén. Valencia 1999, pág. 231).

Esta opinión de GUTIÉRREZ JEREZ coincide con la de J. FERNÁNDEZ COSTALES (*Las modalidades del usufructo sucesorio: consideraciones actuales sobre una modalidad histórica del usufructo legal* en Libro Homenaje a Juan B. Valet de Goytisolo, Vol. II. Consejo General del Notariado. Madrid, 1988, págs. 279 a 309), en que «la clave de la conformación como tal heredero se encuentra en su

*configuración jurídica, siendo posible la figura de un “heredero limitado”, el usufructuario de herencia, siempre que de la disposición del testador aparezca con claridad ser esa su voluntad”. Según cita que de dicho autor hace GUTIÉRREZ JEREZ, “este heredero limitado no se subroga de forma completa en los derechos y deberes del causante sencillamente porque no es posible dados los límites objetivos del contenido esencial del derecho que recibe, constituido por testamento”.*

Ya en el tema principal de este trabajo, el usufructo universal, se trata de un usufructo constituido por voluntad del hombre; exclusiva y específicamente por disposición testamentaria, a diferencia del constituido por la ley o por prescripción.

Es una cuestión que no obstante su falta de novedad, presenta una serie de interrogantes y problemas que en la práctica no han tenido una respuesta definitiva e integral, por lo cual resulta interesante precisar si su naturaleza se acerca más a la herencia o al legado, dado que por ser un derecho gradualmente disminuido, su titular siempre convivirá y compartirá, en su caso, derechos, responsabilidades y obligaciones con y hacia otro titular de un derecho real sobre el mismo bien o conjunto de bienes, el nudo propietario.

Tratándose de un usufructo constituido sobre un bien en particular, no cabe la menor duda de que se trata de un legado, pero cuando se constituye sobre la totalidad o una parte indivisa de los bienes de una persona, entramos en la duda, y según la posición que asumamos, los efectos, tanto entre el usufructuario y el nudo propietario, como ante terceros, específicamente acreedores, son distintos.

Se ha discutido si el usufructo llamado universal es más bien un usufructo constituido sobre cada uno de los bienes que integran el patrimonio. (J. CASTÁN TOBEÑAS. *Derecho Civil Español, Común y Foral*. 11a. edición. Reus. Madrid 1973. Derecho de Cosas. Vol. 2º, pág. 28)

### C) EL HEREDERO

CICU (Ob. cit. pág. 65) defiende la condición de heredero que tiene el usufructuario porque el derecho que recibe el usufructuario de una herencia tiene la misma potencialidad que la del heredero para extenderse e introducirse en la totalidad de las relaciones jurídicas transmisibles del causante.

En la doctrina jurídica mexicana existe la tendencia a considerar al sucesor del usufructo universal como heredero.

Así lo vemos en JUAN MANUEL ASPRÓN PELAYO (*Sucesiones*, 3ª. edición. Mc Graw Hill, pág.101), ALEJANDRO DOMÍNGUEZ GARCÍA VILLALOBOS (Ob. cit.) y JORGE ALFREDO DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ (*Derecho Civil. Sucesiones*. Porrúa. 1ª. edición. México 2013.)

Estos tres autores lo consideran como tal, por lo que su responsabilidad es directa y proporcional a la de los demás herederos.



Particularmente es de gran claridad el razonamiento de DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ cuando señala: *“Es más, aun cuando se aluda en la redacción de un testamento a que el testador lega el usufructo de todos los bienes en lugar de que instituye heredero de dicho usufructo, la disposición debe entenderse en el segundo de los supuestos, pues en sí misma la generalidad del objeto hace calificar su contenido y consecuencias, los cuales, en todo caso tienen al sucesor como heredero. En realidad, el tratamiento legal se comporta a la altura de lo justo, pues sería totalmente inequitativo que quien fuera beneficiado como usufructuario de todo, agregara a su beneficio la gratuidad y otras tantas ventajas reconocidas por la ley al legatario, precisamente por ser éste un beneficiario a título particular”*. (Derecho Civil. Sucesiones. Porrúa, México, 2013, pág. 475).

A este respecto, más adelante aludiré a la dificultad de determinar una proporcionalidad justa.

Continúa señalando el autor antes citado: *“En tales condiciones, si el testador beneficia a alguien con la totalidad o un porcentaje de sus bienes lo instituye heredero, no obstante ser señalado como legatario, y en sentido opuesto, si le beneficia con uno o varios bienes determinados, estamos ante un legado, y por ello se le debe tener como legatario, aún cuando el otorgante lo llamare heredero. Inclusive, si como es, de conformidad con el artículo 1382 “el heredero instituido en cosa cierta y determinada debe tenerse por legatario” resulta lógico que por el contrario, el legatario de todos o una parte proporcional de los bienes, debe tenerse por heredero.”*

#### D) EL LEGATARIO

Se podría decir que no hay una verdadera contundencia en los autores para considerar la adhesión a uno u otro concepto, pero pareciera más numerosa la cantidad de autores españoles que se inclinan, aun cuando no sea de manera determinante, a considerar al usufructuario de una herencia como un legatario.

SÁNCHEZ ROMÁN —citado por GUTIÉRREZ JEREZ— considera el usufructo como un derecho real limitativo del dominio, que es impuesto sobre una cosa, lo cual le parece incompatible con la consideración de heredero. Señala que el art. 793 del Código Civil español utiliza el concepto “legar”, por lo cual no puede hablarse de heredero usufructuario con independencia de la extinción y alcance de ese usufructo, puesto que la ley no distingue. No obstante lo antes expresado, el propio SÁNCHEZ ROMÁN afirma también que lo más importante es la forma del llamamiento del testador lo cual le daría el carácter de legado o de herencia a la disposición testamentaria. Se permitirá la existencia de un legatario que adquiera la totalidad del patrimonio si adquiere a título particular y la de un heredero que adquiera una porción cualquiera del usufructo a título universal. Me manifiesto en desacuerdo con ese confuso razonamiento.

MANUEL ALBALADEJO (*Curso de Derecho Civil*. Tomo V. Derecho de Sucesiones. 4a. Edición 1991. Ed. José María Bosco Editor, S. A. Barcelona. Pág. 26) señala: “*quien es llamado a suceder en el usufructo de una herencia entera o de una cuota de ella, ni pasa a ocupar el puesto del causante ni recibe la generalidad de sus derechos y obligaciones, sino que toma sólo, aunque sobre todos y cada uno de los bienes del patrimonio relicto, un único derecho, el de usufructo. De modo que no siendo sucesor universal, no es heredero.*”

*El heredero lo será, si ha sido instituido a título universal, aquél a quien se haya dejado la nuda propiedad, ya que él sí ocupa el puesto del difunto, si bien con el gravamen que sobre los bienes que eran de éste se ha establecido en favor del usufructuario”.*

JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS (Ob. Cit. pág. 62) dice: «*Constitución por testamento.—Es la más frecuente en la práctica. Mediante ella dispone el testador —como dice Planiol— de un medio cómodo de asegurar recursos vitalicios a una persona, sin privar definitivamente de los bienes a los herederos...*»

*Puede crearse el usufructo en testamento, bien por vía de institución o bien por vía de legado, y en este último caso, de dos diversas maneras...: legando el usufructo y dejando la nuda propiedad en la herencia, o bien legando la nuda propiedad y no dejando a los herederos más que el usufructo”.* Según este autor, será la manera de instituirlo por el testador lo que le dará el carácter de heredero o legatario.

OSSORIO MORALES —citado por GUTIÉRREZ JEREZ— afirma que en la disposición por separado de usufructo y nuda propiedad, sólo es heredero el llamado a la propiedad, ya que los usufructuarios, como instituidos en cosa cierta, no son sucesores a título universal, sino que tienen la condición del legatarios.

CUADRADO IGLESIAS —también citado por GUTIÉRREZ JEREZ— es partidario del criterio subjetivista para la calificación del sucesor siendo heredero o legatario de acuerdo con la voluntad del causante siempre y cuando no vulnere criterios de orden imperativo y concluye “*el usufructuario jamás podrá ser calificado de heredero, por la sencilla razón de que se le atribuye un derecho concreto, derecho de usufructo, aunque recaiga sobre la totalidad de los bienes, y, consiguientemente, habrá de ser calificado como legatario”.*

VALLET —citado de nueva cuenta por GUTIÉRREZ JEREZ— opina que si el usufructo es un verdadero usufructo, determinará un llamamiento como legatario y nunca como heredero aunque se le atribuya voluntariamente esa denominación y afirma que el llamado a suceder en el uso y disfrute nunca puede considerarse heredero.

De las opiniones citadas se desprende, como afirma FERNÁNDEZ COSTALES —citado como se ha señalado por GUTIÉRREZ JEREZ,— que la dualidad de términos de la calificación en la que se expresan los autores a propósito de este tema, revela que casi todos utilizan expresiones que ponen de manifiesto la posibilidad

de una excepción, todo lo cual ha dado lugar a que se admita por la doctrina civil, a pesar de sus expresiones terminantes, calificar al llamado a heredar el usufructo sobre todos los bienes del testador, como sucesor a título universal.

Pudiera decirse que la postura de la doctrina es ecléctica en torno a esta distinción.

VÉLEZ SÁRSFIELD influido por el sistema del Código Napoleón —citado por GUILLERMO A. BORDA (*Manual de Sucesiones*. 11a. edición actualizada. Perrot, Buenos Aires)— introdujo entre el heredero y el legatario particular una figura híbrida, el legatario de parte alícuota, figura a la cual BORDA califica como innecesaria, que ha dado lugar a discusiones y dificultades en el Derecho argentino y señala como lo natural, simple y “*que llena todas las necesidades fundamentales de la transmisión de bienes por testamento es dejar a una persona todo el patrimonio o una parte alícuota de él, en cuyo caso se le constituye heredero con el consiguiente derecho de acrecer y la responsabilidad por las deudas; o bien se le transmite un bien determinado, en cuyo caso es simple legatario*”.

En opinión de GUTIÉRREZ JEREZ debe rechazarse la idea como absurda de la separación radical entre la situación del usufructuario y del nudo propietario porque son situaciones jurídicas claramente complementarias.

Se manifiesta partidario de la idea subjetiva de la determinación de la naturaleza jurídica del sucesor hereditario, de forma que si lo querido por el testador en un llamamiento universal, debe valer como tal.

No me cabe duda de que existe una buena parte de razón en los últimos razonamientos del profesor de la Universidad de Jaén, sin embargo, llamo la atención en el riesgo tan considerable que hay de desproporción injusta al considerarlo como heredero en cuanto a hacerle frente al pasivo de la sucesión, tomando en cuenta lo inequitativo que puede resultar lo proporcional de su participación, debido a lo incierto del valor del usufructo en consideración a su temporalidad.

ROJINA VILLEGAS (*Derecho Civil Mexicano. Bienes, derechos reales, posesión*. 5a. Edición. Porrúa. 1981. T. III, págs. 451 y 452), señala: “*Cuando se adquiere por herencia el usufructo universal sobre todo un patrimonio o sobre una parte alícuota del mismo, las deudas o sea el pasivo hereditario, deberán ser cubiertas proporcionalmente en la forma indicada, es decir, el propietario cubrirá el importe del pasivo, pero el usufructuario pagará los intereses correspondientes al capital desembolsado. Esto permite dos formas de pago: o bien el usufructuario cubrirá los intereses mientras no se hacen exigibles las deudas, o al hacerse exigibles paga también el capital para repetir su reembolso al extinguirse el usufructo, o bien el propietario cubre el capital desde luego y exige al usufructuario el pago de los intereses correspondientes al desembolso durante todo el tiempo del usufructo.*”

*Puede acontecer que ninguno de los dos pueda o quiera hacer el pago, en cuyo caso el propietario está facultado para exigir la venta de los bienes necesarios para cubrir el pasivo hereditario.*

*El mismo principio se aplica cuando el que adquiere el usufructo universal debe cubrir una renta vitalicia o una pensión de alimentos...que equivalen a una afectación sobre los frutos y serán a cargo del usufructuario; en cambio, cuando el usufructuario adquiere a título particular, es decir, se le lega el usufructo de una cosa determinada, no responde de ninguna deuda que afecte la cosa: prenda, hipoteca, embargo o cualquier otro gravamen. En este caso es obligación del propietario cubrir el gravamen y si no lo cubre y se remata la cosa, quedará el propietario obligado a indemnizar al usufructuario, o bien, si el usufructuario para evitar el remate paga, tiene acción de reembolso en contra del dueño.”*

#### E) LA DISTINCIÓN DE LA NATURALEZA DEL HEREDERO Y DEL LEGATARIO

Se pueden señalar las siguientes diferencias entre el heredero y el legatario:

1. El heredero es un causahabiente del autor de la sucesión, un continuador en la titularidad de lo que en el patrimonio del causante de la sucesión no se extingue con su muerte. Lo sucede, dice GUTIÉRREZ JEREZ, “*en todo o en una parte alícuota de la herencia, pero ocupando respecto de esos bienes idéntica posición que el causante, mientras que el sucesor en el usufructo adquiere únicamente la facultad de goce y disfrute, que con ser la más trascendente no es suficiente para equiparar su posición a la que presentaba el testador*”. (Ob. cit. pág. 59) Esto en todo caso ocurrirá con el sucesor de usufructo, sea de uno o de todos los bienes, precisamente en atención a lo limitado de su derecho.

2. El heredero adquiere los bienes a la muerte del autor de la sucesión. El disfrute de los bienes hereditarios se transmite al heredero en forma inmediata a su muerte, siguiendo los razonamientos del autor inmediatamente antes mencionado, mientras que en el derecho del usufructuario “*tal transmisión no opera de forma automática puesto que se requiere que el gravado proceda a la entrega o cumplimiento del legado*”. (Ob. cit. Pág. 60).

3. El heredero adquiere un derecho sin limitación alguna de tiempo, se es heredero a perpetuidad, mientras que el sucesor del usufructo siempre tendrá la temporalidad que es esencial de su derecho, ya sea por tener un plazo fijado por el testador o por el límite de su propia vida, en caso de ser vitalicio.

4. Una diferencia fundamental —también señala el tratadista español— se presenta ante la renuncia del derecho del heredero o del sucesor o legatario del usufructo. La del heredero produce, o bien, la reintegración de los bienes al acervo hereditario con el consecuente acrecimiento a los demás herederos, o bien la

apertura de la sucesión legítima, si tal acrecimiento no fue previsto por el testador; mientras que la renuncia del sucesor o legatario del usufructo produce *ipso facto* la extinción de su derecho y la consecuente consolidación con la nuda propiedad, efecto secundario y natural de tal renuncia.

En cuanto a la muerte del heredero: antes del deceso del testador, si no hay sustituto, propiciará la apertura de la sucesión legítima; y después de la muerte del autor de la sucesión, transmitirá el derecho a sus respectivos herederos.

5. Respecto del pasivo de la herencia, el heredero responde de la totalidad de las deudas del autor de la sucesión, aunque en el concepto de que su aceptación es por naturaleza a beneficio de inventario, en tanto que el legatario frente a los acreedores de la sucesión responde sólo de manera subsidiaria a la del o los herederos y en el caso de que los bienes no bastaren para cubrir dicho pasivo, o por haber el testador establecido una carga específica para él, responderá con el o los bienes legados, lo cual también hará hasta donde alcance el valor del legado. Esto último, es particularmente difícil de precisar con exactitud en tratándose de un derecho de usufructo vitalicio.

Si el bien legado garantiza una deuda sea con prenda o con hipoteca, esa deuda deberá ser pagada con los bienes que integran la masa hereditaria, con cargo a ella y por tanto a los herederos, y si el legatario la pagare, podrá repetir contra los herederos responsables de cumplir con esa obligación. Puede ser que el testador imponga al legatario la carga de que sea él quien responda por ese gravamen, en cuyo caso no aplicará lo antes dicho y el legatario siempre podrá aceptar el legado y pagar la deuda que sobre él gravita, o repudiarlo, según convenga a sus intereses.

### III. ANÁLISIS DE LA NATURALEZA DEL USUFRUCTO UNIVERSAL

Los autores que se inclinan por considerarlo un heredero se apoyan en algunas de las siguientes consideraciones:

A) El objeto de la institución es una universalidad de bienes, aunque si bien es cierto que el derecho se limita al uso y el goce sobre ellos;

B) El derecho que recibe tiene la potencialidad de extenderse a todas las relaciones jurídicas transmisibles del autor de la sucesión (CICU. *Derecho de Sucesiones*. Parte General. Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia. Barcelona, 1963).

C) El beneficiado responde del legado o la pensión de alimentos y del legado de renta vitalicia (art. 1027);

D) El beneficiado puede anticipar el pago de las deudas hereditarias correspondientes a los bienes usufructuados y podrá pedir su restitución al dueño al extin-

guirse el usufructo (art. 1031); y si se negare a anticipar esos pagos, el propietario podrá hacer que se venda la parte de los bienes necesaria; y si el propietario anticipare esos pagos, el usufructuario pagará intereses sobre la suma pagada durante todo el tiempo que goce del usufructo de los bienes (arts. 1032, 1033 y 1025).

En opinión de autor español JOSÉ LUIS GUTIÉRREZ JEREZ, ya señalada con anterioridad, la separación radical entre la situación jurídica del usufructuario y del nudo propietario es absurda, porque dichas situaciones son claramente complementarias, y se reconoce seguidor del sistema subjetivo en la determinación de la naturaleza jurídica del sucesor hereditario, de manera que si lo querido por el testador es un llamamiento universal, debe valer como tal, con los límites objetivos de la técnica jurídica. En concordancia con algunos otros autores españoles, señala la posibilidad de la existencia de la figura de un “heredero limitado”, el usufructuario de herencia, siempre y cuando la voluntad del testador se manifieste claramente en ese sentido, el cual no se subroga en forma completa en los derechos y deberes del causante, debido a los límites objetivos del derecho que recibe, de usufructo, y no de plena propiedad.

Como ha quedado expuesto, hay puntos de vista divergentes en la consideración de que el sucesor de un usufructo sobre todos los bienes es heredero o legatario; no hay una posición definida sobre la esencia de la cuestión. En lo personal me inclino hacia la postura de quienes dicen que la disposición del testador puede ser determinante en la naturaleza de la calificación del sucesor de un usufructo universal. ¿Es heredero o es legatario?

Me parece interesante que la disposición del testador pueda definirlo si se expresa con claridad y sin vacilación en uno u otro sentido y sea indubitable que es una voluntad informada de las consecuencias que puede acarrear esa calificación a los herederos de usufructo y a los de la nuda propiedad. Esto no siempre es posible, ya que las condiciones de los testadores son muy variables.

Incluir en la disposición testamentaria la previsión de las reglas aplicables para regular la condición, obligaciones y derechos de un usufructuario a título universal sería lo óptimo, pero puede ser en ocasiones poco factible. Regular los porcentajes de participación del usufructuario y del nudo propietario en el pago de las deudas de la herencia, en los gastos, del tiempo y modo de la entrada del usufructuario al goce de su derecho y demás previsiones sería lo más conveniente, pues nadie mejor que el testador para determinarlo en consideración específica a las características personales y alcances de sus sucesores que él conoce.

Me parece adecuada la posición de quienes opinan que se trata de un heredero, aunque señalé en párrafos anteriores que en la mayor parte de los casos puede no resultar justa por las condiciones personales del usufructuario.

Tema espinoso, ya que la valoración del usufructo siempre es incierta porque los datos a considerar son aproximados, la duración del mismo nunca será preci-

sa, dependiendo de la edad y condiciones de salud y de vida del usufructuario y por ello, del tiempo estimado de duración. ¿En esas condiciones cómo podrá calcularse con exactitud y justicia esa proporcionalidad para responder de las deudas de la sucesión? ¿Cómo evaluar adecuadamente el valor del usufructo vitalicio?

La posición adoptada por el Código Fiscal del Distrito Federal, coincidente con leyes también impositivas que lo antecedieron, de atribuir el cincuenta por ciento del valor al usufructo y el cincuenta por ciento a la nuda propiedad, sin tomar en cuenta ninguna otra consideración personal de los adquirentes respectivos, particularmente del usufructuario, me parece injusta.

Con mayor apego a las probabilidades que en la realidad se dieran, que revela a mi juicio mayor aplicación a la labor legislativa de aquella época, más justicia y lógica le encuentro a la disposición de la Ley del Timbre de 1953, vigente hasta el 31 de diciembre de 1975, que para efectos de pago del impuesto correspondiente a la donación de usufructo o de nuda propiedad en su caso, establecía en su artículo 4o. una tabla según la cual conforme aumentaba la edad del usufructuario, disminuía la parte del impuesto a su cargo.

La tarifa le daba un valor al usufructo y otro a la nuda propiedad conforme a la edad del usufructuario: menos de 20 años cumplidos por el usufructuario lo hacía cubrir siete décimas partes del impuesto correspondiente; entre 20 y 30 años, seis décimas partes, y así sucesivamente, por cada 10 años una décima parte menos, hasta ser mayor de setenta años, pues este último pagaba precisamente sólo una décima parte. El nudo propietario debía pagar exactamente las respectivas décimas partes restantes, según la edad del usufructuario.

#### IV. COMENTARIO FINAL

Considero que no es la denominación idiomática voluntaria del testador la que le otorga la calidad de heredero o legatario al beneficiario de su disposición, ni sus respectivas diferentes consecuencias jurídicas se producirán por esa calificación. Es el hecho de que el usufructo, aun siendo un derecho limitado en su alcance, recaiga sobre la totalidad de los bienes del testador, la que le da el carácter de heredero.

No obstante sí considero que el testador puede establecer, dentro de los límites legales, ciertos lineamientos generales para la distribución proporcional de las cargas de la herencia entre usufructuario y nudo propietario. Y esa proporcionalidad debe corresponder a los beneficios del usufructo y a las condiciones personales del usufructuario, aunque reconozco que su valoración será siempre relativa o aproximada.

**SALIDA DEL TERRITORIO  
NACIONAL DE PERSONAS  
SUJETAS A PATRIA  
POTESTAD O TUTELA**

---



## SUMARIO

- I. Preámbulo.
- II. Ley de Migración.
- III. Reglamento de la Ley de Migración.
- IV. Lineamientos Migratorios.
- V. Conclusiones.
- VI. Para finalizar... algo mío.

# SALIDA DEL TERRITORIO NACIONAL DE PERSONAS SUJETAS A PATRIA POTESTAD O TUTELA

**Fernando Antonio Cárdenas González**

Notario No. 44 de Torreón, Coah.

## I. PREÁMBULO

La capacidad y el estado civil de las personas se rigen por las leyes de su domicilio. Se trata de una materia de derecho civil y, en este sentido, las personas sujetas a patria potestad o tutela no deben dejar la casa del o los que ejerzan sobre ellos su representación legal sin el permiso de éstos, o bien, mediante el decreto de la autoridad competente.

Este principio se fundamenta en el deber de guarda y protección. Es consecuencia de la autoridad que la ley concede a estos representantes quienes son responsables de los extravíos y de la mala conducta de sus representados. Esta medida les facilita cumplir con el deber de educarlos convenientemente. Por estas razones el incapaz debe vivir en la casa de quien ejerce sobre él esta representación y no debe dejarla sin el permiso correspondiente.

El domicilio del menor de edad no emancipado es el de la persona bajo cuya potestad se encuentra y, el del menor no sujeto a patria potestad y el del mayor incapacitado, es el del tutor.

Tratándose de patria potestad el artículo 421 del Código Civil para el Distrito Federal señala:

Artículo 421.—Mientras estuviere el hijo en la patria potestad, no podrá dejar la casa de los que la ejercen, sin permiso de ellos o decreto de la autoridad competente.

Este principio regulado en la disposición transcrita tiene un antecedente histórico, el más reciente lo encontramos en los códigos civiles de 1870 y 1884, en cuyos ordenamientos no se utilizó la expresión *dejar la casa*, sino el de *abandonar la casa*, y tenía que ver con el caso de dejar de vivir en el domicilio, sin

embargo, tomando en cuenta las circunstancias de aquel tiempo, consideramos que el propósito de esta medida no fue el obtener un permiso para que el menor pudiera trasladarse temporalmente a otro lugar. La esencia de este principio también se recoge en el artículo 421 y, dadas las circunstancias de nuestro tiempo, ahora a su contenido se le ha dado un alcance más amplio a fin de incluir las salidas del infante al extranjero.

Esta regulación también es propia de la tutela, pues tanto ésta como la patria potestad son auxiliares de la capacidad de ejercicio, esto es, instituciones para suplir la incapacidad de ejercicio de las personas.

Conforme a lo anterior y la costumbre en estos casos, el permiso para que el incapaz pueda salir legalmente de México se vuelve obligatorio, pero poca importancia se le ha dado para viajes dentro de la República Mexicana.

Cuando el incapaz va a salir del país, el derecho civil se conecta con el derecho migratorio el cual regula la entrada y salida de México de mexicanos y extranjeros quienes para lograr este propósito deberán cumplir con la normativa exigida por ambos derechos.

El tema adquiere un interés especial con la nueva Ley de Migración, su reglamento, las recientes reformas a éste y a los Lineamientos para Trámites y Procedimientos Migratorios. Este bloque normativo señala las reglas para que los incapaces puedan salir legalmente del país y establece altas multas a las empresas de transporte aéreo, marítimo y terrestre que no cumplan con los requisitos exigidos para ello. Además, ahora se permite que el o los representantes legales otorguen el permiso ante notario público, o bien, compareciendo directamente con la autoridad migratoria facultada para ello, pero lo realmente relevante es el criterio ya generalizado, tratándose de patria potestad depositada en padre y madre, de no requerir el permiso del otro progenitor cuando el menor viajará en compañía únicamente de uno de ellos. Criterio infundado, tal y como lo comentaremos en su oportunidad.

## II. LEY DE MIGRACIÓN

Se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 25 de mayo de 2011. Este ordenamiento regula el movimiento internacional de personas y la estancia de extranjeros en territorio nacional y para tal fin fija los lugares destinados al tránsito de personas por tierra, mar y aire. Con relación al tema merece atención el artículo 49 cuyo texto dice:

Artículo 49.—La salida del país de niñas, niños y adolescentes o de personas bajo tutela jurídica en términos de la legislación civil, sean mexicanos o extranjeros, se sujetará además a las siguientes reglas:

I. Deberán ir acompañados de alguna de las personas que ejerzan sobre ellos la patria potestad o la tutela, y **cumpliendo los requisitos de la legislación Civil**.

II. En el caso de que vayan acompañados por un tercero mayor de edad o viajen solos, se deberá presentar el pasaporte y el documento en el que conste la autorización de quienes ejerzan la patria potestad o la tutela, ante fedatario público o por las autoridades que tengan facultades para ello.

Del precepto transcrito se advierte, a golpe de vista, que cuando utiliza en su redacción la expresión *...tutela legítima*, se está refiriendo a las instituciones de la patria potestad y la tutela, remitiendo así a la legislación civil para observar lo referente al tema, lo cual es correcto.

Cumpliendo con los requisitos de la legislación civil, esto es, el código civil, si un incapaz viajara al extranjero con cualesquiera de quienes sobre él ejercen la patria potestad, será necesario contar con el permiso del otro representante legal, pues en este caso la representación se deposita en dos personas. Si la persona sujeta a patria potestad o tutela viajará solo, o bien, en compañía de un tercero, la salida se autorizará con el permiso de quien o quienes ostenten esa representación. Además, el incapaz deberá contar con pasaporte vigente, pues es el documento oficial de viaje que le permite salir legalmente del territorio nacional y con él acreditar en el exterior su nacionalidad e identidad, solicitar a las autoridades extranjeras le permitan el libre tránsito y le brinden protección cuando sea necesaria.

La disposición 49 ofrece también las novedades siguientes:

1. Se refiere a extranjeros que, para estos casos, lo son quienes tengan la condición de estancia de residente temporal, residente temporal estudiante o residente permanente, es decir, los que ya fijaron en México domicilio y por esta razón se les aplica la legislación mexicana siguiendo el principio reconocido en el entorno jurídico internacional consistente en que la capacidad jurídica y el estado civil de las personas se rige por las leyes de su domicilio. Este fundamento se reconoce en tratados internacionales suscritos por México y, de manera particular, en el artículo 13 del Código Civil Federal; y
2. El permiso ahora puede otorgarse, a elección del interesado, ante notario público, o bien, la autoridad facultada para ello.

### III. REGLAMENTO DE LA LEY DE MIGRACIÓN

Se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 28 de septiembre de 2012. Posteriormente, mediante decreto publicado el 2 de diciembre de 2013 en el mismo órgano de información oficial, se reformaron los artículos 42, fracciones II,

segundo párrafo y V; 53, segundo párrafo y 247, los cuales tienen relación con la salida de incapaces del territorio nacional y cuyos textos en lo conducente dicen:

Artículo 42.—Las empresas que presten servicios de transporte internacional de pasajeros vía marítima o aérea, tendrán las siguientes obligaciones:

...

V. Transportar a niñas, niños, adolescentes y personas bajo tutela jurídica **en términos de la legislación civil** fuera del territorio nacional, cuando porten pasaporte o documento de identidad y viaje válido y vigente de conformidad con las disposiciones jurídicas aplicables. Tratándose de mexicanos, así como de extranjeros con condición de estancia de residente permanente, residente temporal y residente temporal estudiante en territorio nacional, además deberán ubicarse en alguno de los siguientes supuestos:

a) Que viajen en compañía de alguna de las personas que ejercen sobre ellos la patria potestad o la tutela, **cumpliendo con los requisitos de la legislación civil**, o

b) Que viajen solos o acompañados por un tercero mayor de edad distinto a los señalados en el inciso anterior, siempre y cuando presenten:

1. El documento a través del cual quienes ejerzan la patria potestad o la tutela autorizan su salida del territorio nacional, otorgado ante fedatario público,

2. El documento emitido por autoridad facultada para ello. Dicho documento podrá ser en el formato que para tal efecto establezca la autoridad migratoria mediante disposiciones administrativas de carácter general publicadas en el Diario Oficial de la Federación.

Los documentos otorgados en el extranjero deberán estar legalizados o apostillados según sea el caso, y acompañarse de la traducción cuando se trate de idioma distinto al español.

Artículo 53.—La autoridad migratoria deberá dejar constancia de la salida de personas del territorio nacional por los medios que para tal efecto establezca el Instituto. Si la salida de las personas extranjeras es definitiva, la autoridad migratoria recogerá la documentación migratoria y la cancelará.

En el caso de niñas, niños o adolescentes o personas bajo tutela jurídica **en términos de la legislación civil**, que salgan del territorio nacional, la autoridad migratoria deberá dejar constancia de que la salida se efectuó en términos de lo establecido por el artículo 42, fracción V, del presente Reglamento.

Artículo 247.—**Las empresas de transporte aéreo, marítimo y terrestre** que permitan viajar a niñas, niños y adolescentes para salir del territorio nacional, sin observar lo previsto en el artículo 42, fracción V, del presente Reglamento, serán acreedoras a una multa de mil a diez mil días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal.

Las tres disposiciones transcritas están en armonía con el artículo 49 de la Ley de Migración y cumplen con la tarea de reglamentar el precepto de la ley, no se exceden ni tampoco invaden la esfera legislativa.

En estos tres artículos se reglamenta la obligación de las empresas de transporte internacional de pasajeros tanto marítimas, aéreas como terrestres de abstenerse de transportar fuera del territorio nacional, sin cumplir con los requisitos del caso, a personas sujetas a patria potestad o tutela, ya sean mexicanas o extranjeras con condición de estancia de residente temporal, residente temporal estudiante o residente permanente y, además, exigen a la autoridad migratoria dejar constancia de su salida conforme a la ley, señalando las sanciones económicas para el caso de su incumplimiento con total independencia de las responsabilidades civiles y penales a cargo de quienes intervienen en un caso específico.

La fracción V del artículo 42 nos marca los requisitos para lograr la salida del país y en la primera parte de su redacción utiliza la expresión *...bajo tutela jurídica en los términos de la legislación civil* y con esto alude a las personas sujetas a patria potestad o tutela; más adelante, cuando se refiere al supuesto en el cual el menor viajará en compañía de alguna de las personas que ejercen sobre él la patria potestad o la tutela, agrega:..., *cumpliendo con los requisitos de la legislación civil*, pero en ninguna de las partes del texto dice que si el menor viajara con cualesquiera de sus representantes legales no será necesario el permiso del otro, pues en este supuesto debe observarse la parte final de dicho párrafo que dice:..., *cumpliendo con los requisitos de la legislación civil* y en este caso es necesario el permiso de los dos, pues la patria potestad se deposita en dos personas para ejercerla conjuntamente, principio recogido en el Código Civil de 1928 el cual encuentra su fundamento natural en la igualdad de los progenitores respecto a los hijos y, en caso de disentimiento, el juez de lo familiar resolverá lo conveniente.

El Código Civil para el Distrito Federal y el Código Civil Federal en su artículo 414 señalan que la patria potestad sobre los hijos se ejerce por los padres. Los códigos de Coahuila, Nuevo León, Puebla, entre otros, dicen textualmente que la representación se ejerce por el padre y la madre conjuntamente; Jalisco establece esta responsabilidad para ambos progenitores. La tendencia en todos los ordenamientos es en ese sentido.

El texto del reglamento es claro, respetuoso del derecho civil y está en sintonía con el artículo 49 de la Ley de Migración. No obstante lo anterior se ha generalizado, infundadamente, la idea de no exigir el permiso en el caso comentado. ¡No entendemos la razón de este criterio contrario al contenido de la norma y el cual puede generar serias consecuencias!

El resto de la redacción de la fracción comentada reglamenta correctamente los supuestos en los cuales la persona sujeta a una representación legítima viaje solo, o bien, en compañía de un tercero, pero en ambos casos exige que el permiso se otorgue conforme al código civil y, en este sentido, si la representación se

confiere a una persona ésta únicamente firmará el permiso, pero cuando se otorgue a dos, ambos lo firmarán.

Este permiso se puede otorgar, a elección de quien deba concederlo, ante notario público o la autoridad migratoria competente, esto es, el Instituto Nacional de Migración, a través del formato oficial publicado en el Diario Oficial de la Federación del 3 de enero de 2014 y el cual se puede consultar en la siguiente dirección electrónica: [www.inm.gob.mx](http://www.inm.gob.mx)

No se pagan derechos por otorgar el permiso ante la autoridad migratoria, pero esta decisión no siempre resulta conveniente ¿Por qué?, porque es frecuente que la autorización se formalice antes de embarcar o abordar el medio marítimo o aéreo respectivo y suele pasar que el personal oficial se encuentre ocupado atendiendo al público, no llegue oportunamente a brindar el servicio, o bien, el interesado no reúna la documentación necesaria ocasionando todo esto incertidumbre y hasta la posibilidad de perder la salida. Se publicita masivamente la medida, pero con tal proceder se confunde a la sociedad quien se pregunta ¿Ya no es necesario el permiso? ¿Se requieren los dos permisos, el del notario y el de la autoridad? ¿Con qué anticipación a la salida puede otorgarse el permiso? ¿Cuál es su vigencia?, etcétera.

Cuando el permiso se otorgue en el extranjero, el mismo deberá estar legalizado por el sistema consular, o bien, por el de apostilla, según el caso y, si está redactado en una lengua distinta al español, será necesaria su traducción por perito oficial. Lo mismo deberá observarse tratándose de documentos públicos extranjeros diferentes al permiso como pueden ser actas de nacimiento y matrimonio.

Cuando se otorgue el permiso ante notario público, o bien, ante el Instituto Nacional de Migración, deberá acreditarse la personalidad del o los representantes legales de las personas sujetas a patria potestad o tutela. El tema ofrece una variedad de supuestos los cuales resulta importante conocer a fin de validar el documento. A continuación destacamos los siguientes:

*Supuestos:*

**Primero:** La patria potestad se ejerce por el padre y la madre del infante, o bien, el supérstite cuando uno de ellos ha muerto.

Este principio se aplica a los hijos nacidos dentro y fuera de matrimonio, esto es, si los progenitores no están civilmente casados, pero ambos reconocen al hijo, los dos ejercerán la patria potestad.

Cuando la madre soltera registra a su hijo como de padre desconocido, a ella corresponde ejercer la representación, pero si el padre lo reconoce legalmente, también éste tendrá ese derecho y ambos desempeñarán esta función.

El título para acreditar esta relación es el acta de nacimiento, reconocimiento y, en su caso, defunción.

**Segundo:** Tratándose de la filiación resultante de la adopción plena, si ésta se realizó por un matrimonio, ambos cónyuges ejercerán la patria potestad, pero si aquélla se realizó por una persona, a ésta corresponde el ejercicio de tal representación. Esta adopción es irrevocable y el título para acreditarla es el acta respectiva.

**Tercero:** A falta de padre y madre biológicos o adoptivos, la ley otorga esta representación a los ascendientes en segundo grado designados por el juez, en cuyo caso los abuelos elegidos ejercerán la representación y, a falta de alguno de ellos, el supérstite. La patria potestad de los abuelos no se da cuando existe tutor testamentario.

En algunos códigos civiles todavía se regula la adopción simple o semiplena la cual crea sólo un vínculo entre adoptante y adoptado, pues a falta de los padres adoptivos, el ejercicio de la patria potestad corresponde a los abuelos consanguíneos. Esta clase de adopción no extingue los derechos y obligaciones del parentesco biológico de los ascendientes y colaterales como sí sucede con la adopción plena. Esta relación se justifica con la sentencia del juez, no opera por ministerio de la ley, se requiere del reconocimiento oficial.

**Cuarto:** El código civil regula los casos por los cuales se pierde, recupera, limita, suspende y excusa de la patria potestad, en cuyos casos el estatus jurídico se acredita con la sentencia respectiva. Debemos consultar el código civil correspondiente.

**Quinto:** El tutor justificará esta representación con el acta de tutela o con la sentencia del juez, según el caso, ya que algunos códigos civiles de las entidades federativas sí regulan el acta de tutela, pero otros no, como el Distrito Federal.

**Sexto:** Cuando por cualquier motivo el o los representantes legales de las personas sujetas a patria potestad o tutela no quieran o no puedan otorgar el permiso, éste se puede conceder por el juez de lo familiar y la resolución dictada por él será el documento oficial para legitimar la salida del territorio nacional.

#### IV. LINEAMIENTOS MIGRATORIOS

Los Lineamientos para Trámites y Procedimientos Migratorios se publicaron en el Diario Oficial de la Federación del 8 de noviembre de 2012. Posteriormente, se reformaron mediante acuerdo publicado en el medio citado del 3 de enero de 2014 a efecto de armonizar las disposiciones administrativas conforme al decreto por el cual se reformaron los artículos 42, 53 y 247 del Reglamento de la Ley de Migración y los cuales comentamos en el apartado anterior.



Los lineamientos nacen de un acuerdo administrativo, no son ley ni reglamento, tienen por finalidad establecer, con base a la Ley de Migración y su reglamento, los requisitos, procedimientos y servicios migratorios, en este caso, en lo referente a la salida del territorio nacional de personas sujetas a patria potestad o tutela, ya sean mexicanas o extranjeras, cuando éstas ostenten las condiciones de estancia ya referidas. Con otras palabras, los lineamientos deben facilitar la aplicación administrativa de las normas.

Con relación al tema se reformaron los artículos 69, 70 y 71 de los lineamientos migratorios en los cuales se dieron a conocer las *fichas de trámites* para la salida del territorio nacional de mexicanos y extranjeros, estableciendo así las reglas y requisitos para ello. De la redacción de estas fichas se advierten algunos requisitos que el notario público debe tomar en cuenta para incluirlos en el contenido de los permisos otorgados ante él y los cuales señalaremos en líneas posteriores.

En estos lineamientos y, de manera particular en las disposiciones referidas, encontramos el origen del problema que motivó el equivocado criterio el cual se generalizó como reguero de pólvora consistente en que si el menor viajara en compañía de cualesquiera de sus representantes legales ya no será necesario el permiso del otro, situación que ni la ley, ni el reglamento permiten como ya lo analizamos y aclaramos.

La imprecisión la ubicamos en el primer párrafo del punto 3 de los requisitos de las *fichas de trámites* en donde se utiliza la siguiente redacción:

Requisitos:

...

3. En el caso de niñas, niños y adolescentes o de personas bajo tutela jurídica en términos de la legislación civil, **deberán ir acompañados** de alguna de las personas que ejerzan sobre ellos la patria potestad o la tutela.

Esta redacción equívoca en el texto transcrito no responde a la esencia y razón de ser de la Ley de Migración, su reglamento y el código civil. La redacción no está rodeada de mala intención, pero sí carece de técnica en su elaboración al no recoger los principios de la ley. Comprendemos que estas fichas deben tener la cualidad de la sencillez y en ellas concentrar la información básica para facilitar a los funcionarios y al público su observancia. La ficha debe resumir la esencia del bloque normativo en la materia, pero su contenido no puede limitar o cambiar el sentido de la ley, pues de ser así un criterio administrativo estaría por encima de los ordenamientos legales.

Al respecto y con algo de ironía, un sabio refrán dice: *La costumbre es más fuerte que la ley*, y nosotros decimos: *los criterios administrativos son más fuer-*

*tes que la Ley de Migración, su reglamento, el código civil y, por lo tanto, la Constitución.* Pues es sorprendente que con la vaguedad de la redacción comentada se haya originado un criterio con la fuerza de una ley. Los lineamientos migratorios deben ser el continente y la Ley de Migración, su reglamento y el código civil, el contenido, pero nunca al revés.

La aplicación de este criterio erróneo es inconstitucional, atenta contra el principio del interés superior del infante reconocido como un Derecho Humano en el artículo 4 la Carta Magna y en los tratados internacionales. Se vulnera la seguridad, protección y bienestar del menor, así como otros derechos protegidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada en Nueva York, Estados Unidos de América y de la que México forma parte y ratificó el 21 de septiembre de 1990. También podría ubicarse en alguno de los supuestos de la Convención Sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, adoptada en la Haya, Países Bajos, el 25 de octubre de 1980, de la que México es Estado parte desde el año de 1991.

El criterio aludido debe erradicarse, pero somos conscientes de los fuertes intereses de la industria del turismo y para ésta resulta más cómodo aplicar el criterio y no la ley, quizá los problemas sean mínimos y esto justifique indebidamente la medida. Deseamos se imponga el estado de derecho.

Esta práctica incorrecta no deslinda a las autoridades migratorias, empresas de transporte internacional de pasajeros, representantes legales, quienes viajen en compañía de un menor y demás personas involucradas de las responsabilidades administrativas, civiles y penales aplicables al permitir y facilitar la salida fuera del territorio mexicano a personas sujetas a patria potestad o tutela, sin cumplir con las disposiciones del código civil, la Ley de Migración y el reglamento. Los notarios debemos estar atentos, actuar con prudencia e informar a los usuarios de los servicios de fe pública de la realidad del tema.

En párrafos anteriores comentamos de algunos requisitos señalados en los lineamientos migratorios los cuales se deben tener presentes en el permiso otorgado para tal fin y son los siguientes:

1. Tendrá una vigencia de 180 días naturales a partir de su firma;
2. Especificará el medio de transporte, destino y fecha de viaje. Hay quienes recomiendan precisar el número de vuelo, embarque o autobús, es decir, anotar la información del transporte;
3. Se expedirá en tres tantos;
4. Puntualizará si el incapaz viajará sólo, o bien, se acompañará de un tercero y, en este último caso, el nombre del acompañante mayor de edad; y
5. Tratándose de extranjeros con condición de estancia de residente temporal, residente temporal estudiante y residente permanente se acreditará su es-

tatus migratorio con el documento correspondiente el cual deberá estar vigente y relacionarse en el permiso.

Posteriormente, el interesado deberá acudir a la autoridad migratoria del aeropuerto, puerto o central de autobuses momentos antes de la salida y exhibir los tres tantos del permiso, así como el original y dos copias del acta de nacimiento del incapaz, su pasaporte y el de la persona que viajará con él.

Por otra parte y para cerrar este apartado, hay quienes recomiendan incluir en la redacción del permiso la autorización que el o los representantes legales confieran a quien acompañará en el viaje al menor o mayor incapaz para tomar las decisiones médicas en caso de un accidente, es decir, prever la eventualidad. Sin embargo, otros difieren de esta posibilidad y afirman que esta clase de decisiones son personalísimas de los representantes y no pueden delegarse, pero de presentarse el supuesto es deber profesional y ético del médico o el equipo sanitario brindar la atención necesaria según la urgencia. ¿Cuál es su opinión?

## V. CONCLUSIONES

*Primera:* El menor de edad no emancipado sujeto a patria potestad, el menor de edad no sujeto a patria potestad y el mayor incapacitado sujeto a tutela, sólo podrán salir del territorio mexicano cuando el o los representantes legítimos otorguen el permiso correspondiente. Si la representación se deposita en dos personas, ambos firmarán.

*Segunda:* Si el menor de edad viajara en compañía de cualesquiera de los representantes legales será necesario el permiso del otro. Esto tratándose de patria potestad depositada en padre y madre, o bien, abuelo y abuela. En caso de supérstites no será necesario el permiso, pues el menor viajará en compañía de su único representante.

*Tercera:* Cuando el incapaz viajara solo, o bien, en compañía de un tercero, será necesario el permiso del o los representantes legales. Si son dos representantes será necesaria la autorización de ambos.

*Cuarta:* El permiso puede otorgarse, a elección de quien debe concederlo, ante notario público, o bien, el Instituto Nacional de Migración a través del formato oficial autorizado. Deberán cumplirse los requisitos comentados.

*Quinta:* Debe erradicarse el criterio ya generalizado consistente en, tratándose de patria potestad depositada en padre y madre, no requerir el permiso del otro progenitor cuando el menor viajará en compañía únicamente de uno de ellos. Este criterio infundado encuentra su origen en la ambigüedad y falta de legalidad del contenido de las *fichas de trámites* de los lineamientos migratorios y los cua-

les, como lo señalamos, deben ser el continente, pero no el contenido de la Ley de Migración, su reglamento y el código civil.

*Sexta:* El Instituto Nacional de Migración debe reflexionar sobre el tema y anteponer a cualquier interés la protección, seguridad y bienestar de los infantes.

## VI. PARA FINALIZAR... ALGO MÍO

El hombre por naturaleza es viajero. El ser humano viaja desde el seno materno y, en ese proceso biológico, aquella pequeña criatura a través del viaje celular mágico de la creación llegará a lo que será su mundo.

Marco Polo —el aventurero mayor— recorre la región Oriente del mundo durante 24 años con sed insaciable de descubrir y conocer lugares y costumbres.

Hoy los premios más anhelados en los sorteos son los viajes ¿A dónde? a Europa, Brasil o, simplemente, a cualquier playa. Viajar significa descansar de la rutina.

León Felipe, El Poeta de Barro, recomienda en su Pueblo Blanco: Toma tu mula, tu hembra y tu arreo y sigue el camino del mundo hebreo y si vas a llorar... es mejor frente al mar.

Vete, abandona esta tierra que está enferma y no esperes mañana lo que no te dio ayer ¿Por qué no viajas tú? Es que a los muertos no nos dejan salir del cementerio. Moraleja: hasta los muertos recomiendan viajar.

Viajemos, hay mucho que ver.

Hasta la próxima...

## CAPACIDAD E INCAPACIDAD DE EJERCICIO

---

## SUMARIO

- I. Presentación y plan de secuencia
- II. Algunas cuestiones conceptuales relacionadas
  - A) Concepto
  - B) Composición de la fórmula
  - C) El ejercicio señalado en el concepto. Otras fórmulas
  - D) Esencia
- III. Principio de legalidad
- IV. Reglas generales
- V. Régimen aplicable al mayor de edad
- VI. Estatuto Legal De Los Menores
  - A) Regla general en sentido opuesto
  - B) Grados de incapacidad de ejercicio
- VII. Capacidad y legitimación
  - A) Supuestas capacidades especiales
- VIII. Incapacidad natural e incapacidad legal
- IX. El auxilio prestado por la representación legal
- X. Señalamientos críticos
  - A) Imprecisiones de origen; algunas superadas
  - B) Reformas salteadas

# CAPACIDAD E INCAPACIDAD DE EJERCICIO SU TRATAMIENTO EN EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL

**Jorge A. Domínguez Martínez**

Notario No. 140 del D. F.

## I. PRESENTACIÓN Y PLAN DE SECUENCIA

La posibilidad reconocida por la ley a sus destinatarios para participar personalmente en la vida jurídica activa, que es la esencia de la capacidad de ejercicio, aparece regulada de manera dispersa en nuestro ordenamiento civil, cuya vigencia fue a partir del 1º de octubre de 1932, entonces denominado Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en asuntos del orden común y para toda la República en asuntos del orden federal, para devenir en definitiva, y después de cambios intermedios, Código Civil para el Distrito Federal.<sup>1</sup>

Del acomodo sistemático y glosa de las disposiciones correspondientes se desprenden y pueden ofrecerse algunas consideraciones, las cuales, por la agrupación ordenada de ideas, permitan tener en cuenta los lineamientos normativos generales constantes en los ámbitos del concepto, y adicionalmente señalar puntos de vista para posibles replanteamientos que ofrezcan avanzar en la exposición teórica y en la previsión legal del concepto.

Ciertamente, desde sus orígenes, el Código Civil presentó pifias e incongruencias al prever alguna situación relacionada con el tema central por abordarse, y si bien no falta ocasión de una reconducción razonable, es el caso también de previsiones modificadoras del texto inicial, que lejos de componer lo considerado por el legislador como requirente de compostura o actualización, incluyen en el texto modificado previsiones también por su parte blanco de crítica por diversas razones. Inclusive, la desorientación al respecto ha llegado a otros catálogos legales relacionados.

---

<sup>1</sup> En adelante Código Civil o simplemente código. La cita de cualquier disposición sin señalar el ordenamiento del que forma parte corresponderá al Código Civil.

En consideración a lo anterior, al paso de estas líneas presentaré esa gama de disposiciones de nuestro ordenamiento civil, rectoras de la capacidad de ejercicio y hacer de ellas la glosa procedente, a fin de dejar constancia de los términos en que el concepto ha estado y continúa estando integralmente regulado en ley. Lo mismo previamente a los comentarios anunciados, que entrelazados con los mismos, aludiré a algunos aspectos conceptuales coadyuvantes para aquilatar de mejor manera los señalamientos legales, y apuntalar esa glosa.

## II. ALGUNAS CUESTIONES CONCEPTUALES RELACIONADAS

### A) CONCEPTO

En términos generales, la capacidad de ejercicio es la aptitud del sujeto para ejercitar sus derechos y contraer y cumplir obligaciones en todo caso personalmente, así como para comparecer en juicio por derecho propio. La expresión se bifurca en la capacidad de ejercicio sustancial en cuanto corresponda al ejercicio de derechos y a la contracción y cumplimiento de obligaciones en forma personal; y la capacidad de ejercicio procesal o formal que comprende la posibilidad de comparecer en juicio por propio derecho.

### B) COMPOSICIÓN DE LA FÓRMULA

Los dos componentes de la expresión por los cuales se identifica al concepto que nos ocupa, difieren en cuanto a la facilidad para explicar sus respectivas participación y colaboración en cuanto al contexto de dicho concepto. Tal como quedó señalado, la capacidad alusiva en dicho concepto es una aptitud, una cualidad del sujeto, que lo hace apto, suficiente, en condiciones favorables para el ejercicio aludido en el vocablo complementario de la fórmula, cuyo significado no es tan objetivo como su componente inicial.

### C) EL EJERCICIO SEÑALADO EN EL CONCEPTO. OTRAS FÓRMULAS

Ciertamente, el significado común de ejercicio, especialmente si se le tiene como manifestación de una capacidad, califica de entrada a ésta como una cualidad en algo físico. Ejercicio es, según el Diccionario de la Real Academia Española, “cualquier movimiento corporal repetido y destinado a recobrar la salud y conservarla”; así, su utilización para caracterizar distintivamente una cualidad en lo jurídico puede dar y en realidad ha dado lugar a interpretaciones algunas de las



cuales hacen caer en el error de por ello considerar que incapacidad de ejercicio y discapacidad son una y el mismo concepto. Tenemos incorporada dicha fórmula —capacidad de ejercicio— en nuestro catálogo de términos jurídicos, como muchas otras, por provenir de referencias de origen francés; también es el caso de capacidad de goce; igualmente lo es el de derechos personales en oposición a derechos reales; asimismo estado y registro civil; personas físicas y personas morales, por citar algunos.

Acaso en aras de una mayor precisión, lo alemán y enseguida lo español y lo italiano por ejemplo, se inclinan más por capacidad jurídica en lugar de capacidad de goce y en cuanto lo ahora comentado, por capacidad de obrar y no de ejercicio.

#### D) ESENCIA

Como fuere, así se etiquete como capacidad de obrar o como capacidad de ejercicio, la cualidad que nos ocupa implica esa posibilidad del sujeto, reconocida por el orden legal, de participar directamente en la vida jurídica, pues tiene la aptitud de hacerlo de manera personal. El instrumento jurídico por el cual se manifiesta esa participación es el acto jurídico otorgado al efecto; de esa manera, el ejercicio de los derechos y la asunción y cumplimiento de las obligaciones es a través del otorgamiento de actos jurídicos, de lo cual se concluye que se es capaz de ejercicio en relación con tal o cual acto jurídico en la medida que la ley permita el otorgamiento personal de ese acto, y por el contrario la negación legal a ese otorgamiento personal, implica la incapacidad de ejercicio del sujeto. El factor determinante tomado en cuenta por la ley para reconocer en el sujeto esa posibilidad, es el grado de su madurez mental, pues desde la situación del infans calificable como de una incapacidad absoluta hasta por el otro extremo alcanzar una plena capacidad, que en nuestro medio tiene lugar cuando el sujeto llega a la mayoría de edad, al tenor de lo establecido en el artículo 24, conforme al cual, “el mayor de edad tiene la facultad de disponer libremente de su persona y de sus bienes, salvo las limitaciones que establece la ley”.

Lo expresado en los párrafos anteriores da pábulo a la serie de comentarios consecuentes a propósito ya de la glosa propuesta. Atenderemos a que en todo caso, el concepto está guarecido por principios de legalidad conforme a los cuales, bajo cualquier circunstancia, sólo a la ley corresponde el señalamiento de la capacidad y de la incapacidad en su caso. Asimismo, me referiré a los grados que como la capacidad jurídica presenta, los cuales, hacen ir de la menor a la mayor capacidad, respecto de la de ejercicio también se observa esa graduación, mas a propósito de ésta debe estarse de la mayor a la menor incapacidad, y más bien, de la incapacidad absoluta a la plena capacidad. Además, como veremos, en condiciones normales y hecha abstracción de la salud y enfermedad mental, la edad

del sujeto, en tanto es menor, influye terminantemente en la situación de los distintos grados de incapacidad. Es de considerarse igualmente que aún en la mayoría de edad se dan casos de incapacidad. No estará por demás dejar sentado algún comentario comparativo entre la capacidad de ejercicio y la legitimación, pues ésta ha sido tratada como supuestos de incapacidades especiales. Atendremos también a las respectivas nociones de la incapacidad legal y de la incapacidad natural, con sus correspondientes particularidades; y presentaré algunas notas alusivas a la representación legal como institución auxiliar para subsanar en su caso cierta incapacidad de ejercicio.

### III. PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Sólo a la ley compete determinar quienes son capaces y quienes no lo son; así, ese señalamiento queda fuera del alcance de las disposiciones y de las convenciones de particulares. Son numerosas las indicaciones legales en ese sentido; más adelante me referiré a ellas, concreta y específicamente por ser fundamentales para la exposición del tema principal aquí tratado, al listarse en las reglas generales que concentran su esencia. Son también de tenerse en cuenta algunas otras de no menos importancia; sin embargo, por ahora simplemente permiten ilustrar lo dicho en lo que se refiere a la posibilidad o impedimento de actuar personalmente en lo jurídico. En lo sucesorio, particularmente en lo testamentario, relacionado con lo patrimonial y con lo familiar en su caso, el artículo 1355 tiene por no puesta la condición impuesta por el testador de no dar o de no hacer; el artículo 1358, por su parte, condena en los mismos términos a la condición de tomar o dejar de tomar estado. A propósito, “son nulas la renuncia del derecho de testar y la cláusula en la que alguno se obligue a no usar de ese derecho...” (artículo 1492).

Ahora bien, la actitud de la ley es considerablemente distinta en cuanto al tratamiento que en términos generales, y con las salvedades del caso y algunas variantes razonables, es aplicable al mayor de edad comparativamente con el estatuto de quien es aún menor, por no haber alcanzado los 18 años de vida aludidos en el artículo 646. A la respectiva situación jurídica de uno y de otro me referiré más adelante.

### IV. REGLAS GENERALES

“Son hábiles para contratar —establece puntualmente el artículo 1798 del código— todas las personas no exceptuadas por la ley”; además, por estar así permitido dos preceptos después en número, quien es hábil para contratar puede

hacerlo por sí o por otro que lo represente. Si bien las dos disposiciones citadas se refieren a la posibilidad de contratar, ésta se hace extensiva a cualquier otro acto convencional o unipersonal en la medida que no se oponga a la naturaleza de éste o a disposiciones legales aplicables al efecto (artículo 1859).<sup>2</sup>

Por otra parte, la minoría de edad, el estado de interdicción, además de otras incapacidades establecidas en la ley, como la del concursado y la del quebrado, son restricciones a la capacidad de ejercicio, lo cual se anuncia desde el artículo 23, y se confirma por el artículo 450, por cuyo texto, tienen incapacidad natural y legal los menores de edad (fracción I), así como los mayores de edad que por causa de enfermedad reversible o irreversible o por su estado particular de discapacidad, ya sea de carácter físico, sensorial, intelectual, emocional, mental o varias de ellas a la vez, no pueden gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad, por sí mismos o por algún medio que la supla (fracción II). La mala administración patrimonial genera las incapacidades impuestas por los artículos 2966 del Código Civil respecto del concursado no comerciante y 178 de la Ley de Concursos Mercantiles a propósito del quebrado. La prodigalidad como manifestación de incapacidad y declaración en su caso de interdicción, fue objeto de regulación en el código de 70 (artículos 472 y siguientes); pero fue retirada del de 84 y no ha vuelto a incorporarse en nuestra legislación civil. Permanece en ordenamientos civiles como el español (artículo 297 complementado por los artículos 748 a 763 de la Ley del Enjuiciamiento Civil) y el argentino (artículo 152 bis).<sup>3</sup>

Así pues, como podrá observarse, la actitud de la ley es considerablemente distinta en cuanto al tratamiento que en términos generales, y con las salvedades del caso y algunas variantes razonables, es aplicable al mayor de edad comparativamente con el estatuto de quien es aún menor por no haber alcanzado los 18 años de vida referidos en el artículo 646. Ciertamente la regla general respecto de los mayores de edad es que son capaces de ejercicio y la excepción deberá estar prevista en la ley; los menores de edad, por contra, son incapaces como regla

---

<sup>2</sup> Una regulación en concreto de esa posibilidad de actuar como regla general, de manera que la excepción requiere disposición expresa, aparece prevista respecto de la capacidad para testar conferida por la ley a quienes no se los prohíbe expresamente (artículos 1305 del código).

<sup>3</sup> La comentó en su momento MANUEL MATEOS ALARCÓN respecto del código de 70 (Estudios sobre el Código Civil, T. I —de las personas— LIBRERÍA DE J. VALDES Y CUEVA, México, 1885, pp. 307 y ss.) Al ser de regulación vigente en los ordenamientos extranjeros señalados, la doctrina del país correspondiente aborda con frecuencia el tema; sólo como ejemplo, en España, XAVIER O'CALLAGHAN (Compendio de Derecho Civil, T. I —parte general— 7ª ed. DIJUSA, Madrid, 2009, pp. 223); lo mismo que MARÍA DEL CARMEN GETE ALONSO (La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona, 2ª ed., CIVITAS, Madrid, 1992, pp. 289 y ss.). GUILLERMO A. BORDA en Argentina (Manual de Derecho Civil —parte general—, 16ª ed., PERROT, Buenos Aires, 1993, pp. 294 y ss.)

general y las salvedades deberán estar legalmente previstas. A la respectiva situación jurídica de uno y de otro me referiré a continuación.

## V. RÉGIMEN APLICABLE AL MAYOR DE EDAD

La mayoría de edad permite una participación personal sin restricción alguna en el mundo jurídico activo. Las indicaciones en ley, aparecen lo mismo como reglas generales para el otorgamiento de cualquier acto jurídico y la celebración de cualquier contrato, que como disposiciones para un acto en particular, sea con señalamiento directo o reflejo.

La capacidad de ejercicio del mayor de edad es abierta y plena; así lo indica contundentemente, según ya quedó expuesto, el artículo 24 con la atribución de la facultad para disponer con total libertad de la persona y de los bienes propios sin más limitaciones que la establecidas en la ley, lo cual se traduce en que quienes alcanzan la mayoría pueden otorgar de manera personal cuanto acto jurídico les resulte procedente hacerlo, sin necesidad de que otra voluntad lo autorice o complemente insuficiencias de la suya, que para la propia ley sí los sufre el menor de edad. La fórmula se repite en el artículo 647, inclusive sin aludir a las limitaciones por ley.

Esa libertad irrestricta de disponer libremente de su persona y de sus bienes sin necesidad de supervisión, autorización o complementación alguna, se desplaza tanto al aspecto patrimonial como familiar porque así debe entenderse lo dispuesto en el artículo 24 citado. La libre disposición respecto de su persona le permite contraer matrimonio, celebrar capitulaciones matrimoniales, reconocer un hijo, comparecer en juicio por derecho propio y en fin, conducirse con plena potestad y autonomía en su vida jurídica activa con participaciones personales.

Por cierto, esa facultad de disponer libremente en específico de sus bienes, es la referencia para calificar que para el otorgamiento de algunos actos jurídicos, para la celebración en su caso de algunos contratos, así como para el desempeño de algunas funciones relacionadas, se requiere la mayoría de edad. Tal es el caso, por ejemplo, de la aceptación o de la repudiación de herencia, que quien pretenda llevar a cabo una u otra, requiere tener la libre disposición de sus bienes (artículo 1653), o, en su caso, “no podrá ser albacea —y por ende, por razón natural, no podrá aceptar desempeñarse como tal— el que no tenga la libre disposición de sus bienes” (artículo 1679). En otras ocasiones el ordenamiento se apoya expresamente en la mayoría de edad y en la capacidad para obligarse como condicionantes para que pueda tener lugar la actuación personal señalada. Así se indica, a manera de ejemplo, en los artículos 1732 y 2802. Según el primero de dichos

preceptos, para ser interventor en sucesiones se requiere ser mayor de edad y capaz de obligarse, y por así desprenderse del segundo, el fiador debe tener capacidad en los mismos términos. Según la parte conducente del artículo 1141, por su parte, “las personas con capacidad para enajenar (o sean, los mayores de edad al tener éstos la facultad de disponer libremente de sus bienes) pueden renunciar la prescripción ganada ...”.

Más aún, en consideración a la operatividad como regla general de la incapacidad de ejercicio en el estatuto de los menores de edad, y por lo cual, según se dijo y se insistirá en ello, contrariamente a la situación de los mayores, requieren estar expresamente facultados por la ley para actuar de manera personal, sea en una determinada categoría de actos o sea en uno u otro acto en particular, en todos los supuestos en los cuales la ley omite aludir a la situación en cuanto a la edad de quien puede otorgarlo, debe de ello desprenderse que dicho otorgamiento sólo podrá llevarse a cabo personalmente por quienes sean mayores.

Es atendible nuevamente, así advertido antes, que lo comentado hasta ahora en relación con la capacidad de ejercicio plena de los mayores de edad es aplicable a éstos en condiciones de normalidad mental, pues no obstante esa mayoría, la privación de las facultades mentales trae consigo la incapacidad de quien se trate, según lo dispuesto en la fracción II del artículo 450.

Al efecto, con independencia a la certeza o la pifia del contenido literal de las disposiciones legales, si por una parte, de conformidad con el artículo 449, el objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes de quienes no estando sujetos a patria potestad tienen incapacidad natural y legal o solamente la segunda para gobernarse por sí mismos, y en segundo término, ninguna tutela puede conferirse si previamente no se declara por resolución judicial el estado y grado de capacidad de la persona que se va a someter a la tutela (artículo 462), los mayores que por las razones señaladas en la fracción II del artículo 450, su incapacidad debe ser previamente declarada por la autoridad judicial competente.

## VI. ESTATUTO LEGAL DE LOS MENORES

### A) REGLA GENERAL EN SENTIDO OPUESTO

Contrariamente a lo observable respecto de los mayores de edad, si de los menores se trata, la regla general es en sentido opuesto, es decir, la minoría de edad implica de entrada la incapacidad; de ese modo, quienes son menores deben en todo caso ser representados o por lo menos su voluntad complementada por la de un capaz; en consecuencia, la posibilidad del otorgamiento de un acto en esa época de la vida, requiere la permisión expresa de la ley. Ciertamente pueden otorgar en lo personal algún acto jurídico mediante la manifestación de voluntad

a la cual la ley le reconoce la generación de consecuencias de Derecho, pero es la excepción pues sólo para ese determinado acto es que puede tener lugar la manifestación de voluntad dicha, lo cual, a su vez, si la incapacidad se tiene por sentada como regla general, lo contrario, es decir, la capacidad, debe reconocerse expresamente en el catálogo legal.

## B) GRADOS DE INCAPACIDAD DE EJERCICIO

No es el caso de la contundencia irrestricta por la cual bajo cualquier circunstancia el menor de edad sea siempre incapaz y el mayor de edad, en tanto, sea siempre capaz; ya vimos lo contrario respecto de éste último quien sus insuficiencias mentales no le permiten ser dueño de sus actos, amén de situaciones de insolvencia calificadas por la ley como falta de aplicación en el manejo de los bienes y de los negocios.

Si de los menores se trata, son varias las manifestaciones de incapacidad gradualmente escalonadas en consideración a la creciente madurez mental que en condiciones normales éstos van adquiriendo al paso del tiempo durante su menor edad. De entrada, son incapaces, tal como ha quedado dicho, y por ello no es el caso de hacer referencia a que los menores van siendo, en la medida de su crecimiento, de menos a más capaces, sino más bien, van de más a menos incapaces, pues los señalamientos legales de incapacidad se van eliminando, hasta, llegada la mayoría, no quedar uno solo y se alcanza la facultad de disponer libremente de la persona y de los bienes propios a todo lo cual se refiere el ya citado artículo 24 del código. En tales condiciones se parte de una plena incapacidad, asignada a los concebidos y a los infantes, y con algunas posiciones intermedias, hasta por el otro extremo, la situación de los emancipados, con una incapacidad disminuida al mínimo, si bien no objetivamente considerada, sí en cuanto a la comparación de otros supuestos de incapacidad.

### b.1. *Máximo de incapacidad de los no nacidos y de los infantes*

Por naturaleza misma y no poder ser de otra manera, el grado de incapacidad en toda la extensión de la palabra como el supuesto del máximo de incapacidad, la padecen los concebidos no nacidos; la citamos simplemente en función de la capacidad de goce que ostentan, pero en todo caso el sujeto, si bien puede ser heredero, legatario, donatario y fideicomisario, en los actos correspondientes será representado por el o los ascendientes legitimados para tal representación. Es válido además hacer extensiva esa incapacidad plena a los infantes en la medida

de tener como tales, en términos del significado primario del vocablo según el Diccionario de la Lengua, a quienes no han cumplido siete años de vida.

En tales condiciones, es claro el caso clavado en el cual puede atribuirse a los sujetos citados que están en un grado de incapacidad absoluta, para destacar una incapacidad padecida sin salvedad alguna. Ciertamente la fórmula “incapacidad absoluta” no tiene arraigo entre nosotros; inclusive, nuestro código la cita sólo una vez y curiosamente para dejar constancia de lo contrario, es decir, de cuando la incapacidad padecida por el sujeto no sea absoluta. Así está señalado en el artículo 2521 del código y según el cual, “cuando la incapacidad no fuere absoluta —la sufrida por quien aceptó un bien en depósito no obstante ser incapaz— el depositario puede ser condenado al pago de daños y perjuicios, si hubiere procedido con dolo o mala fe”. Sus antecedentes en los códigos de 70 y 84 son idénticos y también con la misma respectiva unicidad. En cambio, en otros ordenamientos, concretamente en el Código Civil argentino, en su artículo 54 se establece que tienen incapacidad absoluta las personas por nacer; los menores impúberes; los dementes y los sordomudos que no saben darse a entender por escrito. Disposiciones muy similares se leen en los códigos chileno (artículo 1447), colombiano (artículo 1504) y peruano (artículo 43).

Como fuere, la situación de los infantes les niega hasta el mínimo de presencia en la vida jurídica activa precisamente por esa total inmadurez mental, a tal grado, que tanto doctrinal<sup>4</sup> como legislativamente han sido considerados como carentes de voluntad con valor jurídico.<sup>5</sup>

### *b.2 Pluralidad de manifestaciones en los menores no emancipados*

Son muchos los supuestos presentados por la ley con una cierta posición a propósito de la capacidad de ejercicio de los menores de edad. Como tales podemos citar su posible administración sobre los bienes que obtuvieron por su trabajo, y por ende, pueden otorgar actos de administración respecto de dichos bienes (artículos 428 y 429); por cierto, sin señalamiento a propósito de una edad mínima para ello. Aunado a lo anterior, es el caso del consentimiento del menor ya con doce años de vida, que debe darlo en lo personal para ser adoptado (artículo

---

<sup>4</sup> “Puede suceder que un acto jurídico se haya realizado materialmente, y que sin embargo falte absolutamente la voluntad de su autor...Esta ausencia de toda voluntad que tenga un valor jurídico puede producirse por ... infancia...”(GEORGE RIPERT y JEAN BOULANGER, Tratado de Derecho Civil, T. I, trad. esp., LA LEY, Buenos Aires, 1967, p. 419.

<sup>5</sup> De conformidad con el artículo 67 del Código Civil para el Estado de Morelos de 1945, “para los efectos legales se considera que no existirá manifestación de voluntad cuando se ejecute —el acto— por... niños menores de diez años.”.

398), así como para ser el sujeto asegurado en un contrato de seguro de vida (artículo 158 de la Ley sobre el Contrato de Seguro). Cumplidos catorce años, puede personalmente instar al Juez para que éste tome medidas a fin de evitar el derroche de sus bienes por la mala administración de quienes ejercen la patria potestad sobre él (artículo 441); cumplidos dieciséis en tanto, le toca ser oído por el tutor en los actos más importantes de la administración de sus bienes (artículo 537); elegirá a su tutor de entre quienes pueden desempeñarse como tutor legítimo (artículo 484); designará a su tutor dativo (artículo 496); puede otorgar testamento (artículo 1306 a contrario sensu); puede ser testigo en testamento (artículo 1502), sin pretender agotar con esta enumeración la totalidad de los supuestos. Debe reconocerse por otra parte, que también tienen participación directa en otros actos, si bien complementada su voluntad por la de una persona capaz (ejemplo de ello son los artículos 98 para celebrar el convenio sobre régimen patrimonial en el matrimonio; 148 para contraer matrimonio; 181 para celebrar capitulaciones matrimoniales; 229 para ser donante antenupcial; 363 para reconocer un hijo; también sin pretender agotar los supuestos).

### b.3. *Los emancipados*

Hasta el 30 de enero de 1970, la mayoría de edad era a partir de los 21 años cumplidos, lo cual daba lugar y explicaba la posibilidad de tres clases de emancipación; la que reconocía y reconoce su origen en la celebración de matrimonio por parte del menor, calificada como emancipación legal o por vía de consecuencia (precisamente de ese matrimonio), la emancipación judicial o por vía directa, la cual podía ser demandada por quien aún entonces menor, había cumplidos 18 años y demostraba buena conducta y aplicación en el manejo de sus intereses; y la emancipación por concesión, también por vía directa, cuya dinámica operaba si quien ejercía la patria potestad sobre el menor, también ya de 18 años, lo emancipaba supuesta igualmente esa buena conducta y el manejo adecuado de intereses propios por el menor. Como a partir del 31 de enero de 1970 y hasta la fecha, la mayoría de edad comienza a los 18 años, y así, ante la posibilidad de disminuir la edad para las emancipaciones judicial y por concesión, o bien abolirlas, se optó por lo segundo y desaparición de esos tipos de emancipación de la normatividad civil, para quedarnos sólo con la emancipación por matrimonio, así prevista y regulada en los artículos 641 y 643. Ello explica la derogación de los preceptos vecinos a los citados así como de los artículos 94, 95 y 96 y la mención recurrente de la fórmula alusiva a la emancipación o al emancipado por su matrimonio (artículos 93, 438, 443, 451 y 624).

Pues bien, el estatuto del emancipado tiene como eje al artículo 643 del código; disposición en la cual, por una parte se señalan los alcances de los actos que



aquel puede realizar y para cuáles carece de capacidad. Según el precepto señalado, el emancipado tiene la libre administración de sus bienes pero por contra, requiere de autorización judicial para enajenar, gravar o hipotecar sus bienes raíces, así como de un tutor para asuntos judiciales.

El contenido del dispositivo admite ser objeto de algunos comentarios.

1º. En primer lugar, corresponde al emancipado la administración de sus bienes en general, sin distinción alguna de si trata de muebles o inmuebles en general, de tal modo que en suma, puede otorgar cuanto acto de administración y celebrar cuanto contrato implique uno de esos actos, sea cual fuere la naturaleza, mueble o inmueble, del bien objeto de dichos actos.

2º. Por otra parte, los actos de disposición respecto de los bienes raíces pertenecientes al emancipado, puede éste ejecutarlos siempre y cuando la autoridad judicial competente le autorice la ejecución del acto correspondiente.

3º. Como puede observarse, los actos de disposición cuyo objeto sean sus bienes muebles son ajenos a señalamiento alguno; puede el emancipado ejecutar en relación con ellos actos de administración por la opción genérica para el sujeto; además, no se impone la necesidad de obtener licencia judicial alguna para disponer de ellos.

4º. La omisión legal parece subsanada en el artículo 173 del código, por cuyo texto, “los cónyuges menores de edad tendrán la administración de sus bienes ... pero necesitarán autorización judicial para enajenarlos, gravarlos e hipotecarlos ... en términos de los dispuesto por el artículo 643 de este ordenamiento”.

5º. Ciertamente por una parte el precepto citado al principio del párrafo anterior ordena la licencia judicial para disponer de toda clase de bienes sean muebles o inmuebles, pero por otra parte, remite a los previsto por el artículos 643, de manera que la situación no avanza por ese lado.

7º. En mi concepto, la omisión trae consigo enlistar ese supuesto en los casos a los que se les aplican las reglas generales, y por ello, dada la incapacidad genérica de los menores de edad, ello trae consigo la necesidad de obtener la correspondiente licencia judicial.

8º. Que el artículo 451 les asigne incapacidad legal a los emancipados para los actos mencionados en el capítulo relativo, no cambia en nada la situación.

9º. Por cierto, en consideración al significado común asignado a la fórmula “bienes raíces” por el Diccionario de la Lengua, debe entenderse comprensiva de bienes inmuebles en general.

10º. Dicho sea de paso, en los procedimientos sucesorios regulados por la Ley del Notariado del Distrito Federal a partir de su artículo 167, permite a los emancipados aceptar y repudiar personalmente una herencia, lo que se suma a los actos otorgables por tales sujetos como manifestaciones de capacidad de ejercicio.

## VII. CAPACIDAD Y LEGITIMACIÓN

### A) SUPUESTAS CAPACIDADES ESPECIALES

El factor fundamental para el tratamiento y la calificación de la capacidad y de la incapacidad de ejercicio en las personas físicas, es la madurez mental del sujeto; podría decirse que ello es aplicable inclusive en los supuestos de la incapacidad para administrar los bienes del concursado y del quebrado, pues debe considerárseles como faltos de la diligencia y de la responsabilidad para esa administración, lo cual bien puede ser motivado por la falta del desarrollo mental requerido para la administración del patrimonio correspondiente.

No obstante, para otras situaciones ajenas a la madurez o a la inmadurez en decisiones relacionadas con lo jurídico, como es el caso de que para vender, donar o dar en arrendamiento por ejemplo, se requiere ser propietario o, por lo menos, poder disponer del uso o goce correspondientes, dichas hipótesis se suelen señalar como manifestaciones de capacidades especiales, en cuanto a que no es suficiente la capacidad general sino más bien es requisito dicha supuesta capacidad en particular.<sup>6</sup> Se trata propiamente de situaciones ajenas a la capacidad de ejercicio del sujeto; es en realidad la situación en la que éste se ubica en relación con las exigencias que como presupuestos exige la norma para el otorgamiento de un determinado acto, pero con independencia a sus condiciones mentales, las cuales son objeto de un análisis y una calificación separados, si bien relacionados, pues deben darse por supuestos en todo caso.

#### a.1. *Legitimación*

“Próximo al concepto y a la condición de capacidad —señala DOMENICO BARBERO— es el concepto y la condición de ‘legitimación para obrar’. La capacidad significa proporción de idoneidad del sujeto para un tipo de acto, conmensurado al grado general de desarrollo psíquico adquirido; ‘legitimación’ significa proporción de idoneidad para un acto singular conmensurada a favor de circunstancias particulares del caso, y distintas en cada caso. La falta de una u otra proporción significa, respectivamente, ‘incapacidad de obrar’ o ‘falta de legitimación’. Por tanto un sujeto puede ser ‘capaz’, pero no estar ‘legitimado’; por ejemplo: Ticio puede tener la capacidad de actuar en juicio, para hacer valer una servidum-

---

<sup>6</sup> En ese sentido Miguel Ángel ZAMORA Y VALENCIA (*Contratos Civiles*, 12ª ed., PORRÚA, México, 2009, pp. 24 y ss). También Bernardo PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, (*Contratos Civiles*, 4ª ed., PORRÚA, México, 1996, pp. 28 y ss.)

bre, pero no esta legitimado a ello si no es propietario del fundo al cual es inherente la servidumbre”.<sup>7</sup>

## VIII. INCAPACIDAD NATURAL E INCAPACIDAD LEGAL

La mera calificación para identificar una y otra de estas manifestaciones de la incapacidad muestra la respectiva esencia.<sup>8</sup> La primera se traduce en esa situación real, fáctica, sea permanente o transitoria, durante la cual quien la vive no puede gobernarse por sí mismo y no le es dable querer ni entender por no ser dueño de sus actos, y consecuentemente no estar en aptitud de participar personal y activamente en el otorgamiento de actos jurídicos.<sup>9</sup> La incapacidad legal, por su parte, puede ser catalogada como aquella situación jurídica de un sujeto en la cual, independientemente de su capacidad o de su incapacidad naturales, la ley considera al sujeto como carente de la posibilidad de ser dueño de sus actos, con las consecuencias ya indicadas.

## IX. EL AUXILIO PRESTADO POR LA REPRESENTACIÓN LEGAL

Que haya sujetos quienes por alguna razón impuesta o reconocida por la ley, no puedan participar directa y personalmente en la vida jurídica activa, no les priva de esa participación, si bien lo harán con el apoyo de otro sujeto al que el ordenamiento le ha impuesto esa función de representar legalmente al primero subsanando así la incapacidad sufrida por aquél.

Tienen esa representación quienes ejercen la patria potestad respecto de sus descendientes menores de edad (artículos 425 y relacionados); el tutor de su pu-

---

<sup>7</sup> Sistema de Derecho Privado, T. I, trad. esp a la 6ª. ed. it., EJEA, Buenos Aires, 1967, p. 208 y ss.

<sup>8</sup> Para abundar en el tema, JORGE ALFREDO DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, *Derecho Civil -Parte general, Personas, Cosas, Negocio Jurídico e Invalidez-*, 13ª ed. PORRÚA, 2013, pp. 187 y ss.

<sup>9</sup> Raquel EVANGELIO LLORCA (*Los contratos celebrados por incapaces naturales*, 1ª ed., MCGRAW-HILL, Madrid, pp. 4 y s.) señala como grupos de causas de la incapacidad natural, en primer lugar a las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impiden el autogobierno precedentes de una resolución de incapacitación (interdicción entre nosotros); en segundo término a las mismas enfermedades pero de carácter transitorio y por ende ajenas a dicha resolución y en tercera situaciones de diversa naturaleza provocadoras momentáneamente de la incapacidad como sonambulismo, estado de ebriedad, avanzada edad, hipnosis, insolación aguda; sujeción a una droga, etcétera; aunque en realidad —aclara— es cualquier situación de incapacidad intelectual o volitiva.

pilo (artículos 537 y relativos); el curador en sus circunstancias también respecto del incapaz (artículo 626) y el albacea en cuanto se refiere a la sucesión y a los bienes de ésta (artículo 1706).

Al tiempo de esa representación legal, y como una manifestación de la misma, quien la ostenta tiene la administración de los bienes de su representado; así se desprende de los preceptos citados y ello se traduce en la atribución asignada de llevar a cabo los actos de administración que en el desempeño de su función se les atraviesen.<sup>10</sup>

## X. SEÑALAMIENTOS CRÍTICOS

Son muchos los aspectos respecto de los cuales el tratamiento dado por el Código Civil a la capacidad de ejercicio puede ser objeto de críticas; lo mismo con equívocos y hasta francos desaciertos desde el inicio de su vigencia y aún a nuestras fechas, que pasado el tiempo por modificaciones al ordenamiento, las cuales si bien eventualmente han resultado atinadas, las más de la veces ha sido lo contrario.

### A) IMPRECISIONES DE ORIGEN; ALGUNAS SUPERADAS

#### a.1. *Personalidad jurídica sustituida por capacidad de ejercicio*

Según el artículo 23, en su texto inicial, “la menor edad, el estado de interdicción y las demás incapacidades establecidas en la ley, son restricciones a la personalidad jurídica; pero los incapaces pueden ejercitar sus derechos y contraer obligaciones por medio de sus representantes”. Salta a la vista de inmediato, y con facilidad, la pifia del precepto al señalar que tales incapacidades son restricciones a la personalidad jurídica, cualidad ésta del sujeto de Derecho que no admite graduación pues no puede tenerse más o menos personalidad jurídica y por ende, no puede ostentarse una supuesta personalidad jurídica restringida; o se tiene personalidad y por ello se es persona o no se tiene y no se es persona; no se puede ser persona desde el punto de vista jurídico a medias.

---

<sup>10</sup> Siempre certeras, y útiles por ende, las reglas que Manuel BORJA SORIANO enseña (Teoría General de las Obligaciones, 21ª ed., PORRÚA, México, 2009, pp. 259 y ss.), para distinguir entre un acto de administración y uno de disposición, cuando de representantes legales y en su caso de representantes voluntarios se trata, sin perjuicio de que admite cierta modulación cuando los actos son otorgados por propio derecho.

Uno de los tinos de las reformas al código en el 2000, es haber sustituido la referencia a personalidad jurídica por la de capacidad de ejercicio; de esa manera, en la actualidad, en términos de ley, la menor edad y demás incapacidades establecidas en la ley, son restricciones a la capacidad de ejercicio. Con ello se hizo coincidir la terminología de la ley con la esencia del concepto.

El acierto observado en la corrección indicada no lo hubo años antes; concretamente en 1992. El precepto citado fue entonces objeto de una primera revisión con una pluralidad de modificaciones desafortunadas, a las cuales me referiré más adelante para continuar aquí con la presentación de las cuestiones de origen del ordenamiento merecedoras de comentarios.

### *a.2. Falta de límite mínimo de edad para ciertos actos*

De los artículos 428 y 429 del código se desprende que el menor de edad sujeto a patria potestad tiene la administración de los bienes adquiridos por él con motivo de su trabajo; por ende, respecto de dichos bienes, aquel será quien otorgue los actos de administración correspondientes. Sin embargo, ni las disposiciones citadas ni alguna otra señalan una edad mínima para que el menor esté en condiciones de hacerlo; hay menores que ya desde la época de su infancia trabajan y obtienen una remuneración por esa actividad; hay menores que por habilidades personales suyas, sea en el arte o en el deporte, llegan a ganar dinero, y en buenas cantidades; suele ser en el teatro, en el cine, en la lidia, etcétera. Estos menores caen en el supuesto de la ley de tener la administración de los bienes por su trabajo adquiridos y pueden ser de una edad mínima opuesta a una actividad jurídica personal.

En tales condiciones, ante la omisión legal y la incapacidad por las condiciones de inmadurez natural del sujeto, de presentarse eventualmente la intención del otorgamiento de un acto jurídico, así sea de administración, el único recurso jurídico para impedirlo es la negación a la voluntad jurídica requerida como componente indispensable para la estructura del acto. Bien merece la pena adecuar la ley con el señalamiento de un mínimo de edad para el otorgamiento de los actos de administración presentados.

### *a.3. Arrendamientos prohibidos*

En el capítulo relativo a los efectos de la patria potestad respecto de los bienes del hijo, está previsto en el primer párrafo del artículo 436, la negativa de la ley a la enajenación y el gravamen de inmuebles y de muebles preciosos pertenecientes al menor pretendida por sus ascendientes representantes, si no es con previa autorización judicial, la que se otorgará siempre y cuando el acto proyectado sea de absoluta necesidad o de evidente beneficio para los intereses del menor.

Como fuere, en ese primer párrafo, existe la posibilidad de la enajenación o el gravamen correspondientes con únicamente satisfacer los extremos señalados en el mismo, pero contrario a ello, en su segundo párrafo está previsto que “tampoco pueden celebrar contratos de arrendamiento por más de cinco años, ni recibir la renta anticipada por más de dos años; vender valores comerciales, industriales, títulos de rentas, acciones, frutos y ganados por menor valor de que se cotice en la plaza el día de la venta; hacer donación de los bienes de los hijos o remisión voluntaria de los derechos de éstos, ni dar fianza en representación de los hijos.”

Según puede observarse, por una parte, con tan solo el alcance de los extremos exigidos en ley, los bienes inmuebles del menor pueden ser objeto de enajenación o de gravamen; en cambio y por el contrario, los bienes de esa clase, simplemente no pueden darse en arrendamiento por más de cinco años ni es permitido recibir rentas por más de dos años; planteamiento que permite una pluralidad de comentarios.

1º A la letra de lo dispuesto, no hay manera de dar en arrendamiento por más de cinco años los bienes del menor; no es el caso de que el segundo párrafo del artículo 436 transcrito párrafos antes, se entienda ligado por lo dispuesto en el párrafo primero del precepto, y suponer deducir de ello que en tal caso los actos mencionados por aquel también están condicionados en cuanto a su otorgamiento a la licencia judicial exigida para las enajenaciones y gravámenes señalados en ese primer párrafo. Lo dispuesto en el segundo párrafo es terminante; inclusive, prohíbe también actos que lógicamente, bajo ningún concepto pueden otorgarse, no digamos sin autorización judicial, sino para los cuales no habrá manera de dar cabida a otorgar esa autorización. Me refiero por ejemplo a la donación, a la remisión de deuda y a la fianza, por las cuales se pierde o se arriesga de todas todas, sin siquiera pensar en una posible especulación.

2º Contra la actitud legal expuesta, condicionante de la posibilidad de enajenar y gravar inmuebles y muebles preciosos y prohibitoria para dar en arrendamiento por más de cinco años bienes de menores sujetos a patria potestad, aparece previsto un muy similar complejo de supuestos al regular el código el tratamiento de tales actos y sobre los mismos bienes, en la parte relativa del estatuto del tutor respecto de los pertenecientes al pupilo. Para las enajenaciones y gravámenes, el artículo 561 exige, además de las razones económicas del caso, la confirmación del curador y la autorización judicial; lo que en esencia también exige el artículo 573 para el arrendamiento de más de cinco años, sin aludir por cierto a un posible adelanto de rentas. El artículo siguiente condena de nulo todo adelanto de rentas o alquileres relacionados por más de dos años.

3º Como puede observarse, con estricto apego a los términos legales, fría y aisladamente tenidos en cuenta, lo prohibido para quien o quienes ejercen la pa-

tría potestad es arrendar por el lapso prolongado citado, y en su caso, tampoco está permitido el adelanto de rentas por más de dos años.

El tutor, por su parte, sí puede dar en arrendamiento por más de cinco años los bienes inmuebles del pupilo, pero demostrados el beneficio o la necesidad así como la confirmación del curador y de la autorización judicial exigidos; pero es nulo el pacto de anticipo de rentas por más de dos años; de esa manera dicho anticipo está prohibido.

4º En mi concepto, hay varias razones para que, planteado a la autoridad judicial el proyectado arrendamiento por esa larga duración de bienes pertenecientes a un menor sujeto a patria potestad, dicha autoridad diere la autorización correspondiente; en primer lugar, con base en el estatuto aplicable al efecto para el tutor, éste sí puede llegar a obtener esa autorización; además, resulta absurdo que se pueda enajenar por necesidad o beneficio y previa autorización judicial y no pueda darse en arrendamiento por más de cinco años, con el colmo por añadidura, que ello comprende también a los bienes muebles. Buena falta hace una revisión de las disposiciones aplicables y hacerlas congruentes.

## B) REFORMAS SALTEADAS

Si bien con ellos no se agota el tema contenido en este inciso, dos son en mi concepto las modificaciones trascendentes a propósito de la regulación original de la capacidad de ejercicio en nuestro Código Civil. Me refiero en primer lugar a la disminución de los veintiuno a los dieciocho años de la mayoría de edad, con todas las implicaciones que ello ha traído consigo y que comenzó a regir el 31 de enero de 1970; y en segundo término, al paquete de reformas de mediados de 1992, cuyo objeto, según la exposición de motivos correspondiente fue, por una parte, suavizar la designación de quienes padecen alguna disminución mental o física, para dejar atrás calificativos como idiotismo o imbecilidad y otros entonces considerados ofensivos e infamantes, sustituidos con los de la realidad de cuando las reformas, y por una segunda parte, incluir disposiciones respetuosas y preservadores de la dignidad humana de quienes tienen una deficiencia física o mental, para satisfacer así los requerimientos de instituciones y organizaciones sociales cuyos objetivos eran luchar por esas dignificaciones.

### b.1. *Mayoría de edad a los dieciocho años*

Después de las grandes manifestaciones convulsivas vividas en el país al partir del inicio del segundo semestre de 1968, con el protagonismo gallardo de la juventud, especialmente estudiantil, sumadas a movimientos similares en otras partes del mundo, duramente reprimidos con actos de gobierno que culminaron

con la masacre del 2 de octubre de ese año, se consideraron como prueba de maduración de los jóvenes y en compensación a lo sufrido, por reforma al artículo 34 constitucional con vigencia a partir de 19 de diciembre de 1969, fue conferida la ciudadanía desde los 18 años a solteros y casados, contra lo previsto antes en cuanto que se alcanzaba a los 21 años si se era soltero o a los 18 si se era casado. Dicha modificación trajo consigo, además de otras prerrogativas, la de votar en las elecciones populares.

Como reflejo de lo anterior, y al ser independiente la fijación de la edad para las condiciones jurídicas del sujeto según la disciplina regulada por la ley, como es precisamente la ciudadanía para efectos jurídico-políticos, la mayoría de edad para efectos de la capacidad de ejercicio y la edad fijada en la ley penal para la responsabilidad por imputabilidad, se alineó al Código Civil en cuanto que la mayoría de edad se alcanzara a los 18 años y no a los 21, lo cual, como se dijo, está vigente a partir de 31 de enero de 1970. Así, como puede observarse, con independencia a las bondades de tal disminución en la edad, fueron motivos más políticos que jurídicos los generadores de esa modificación. Se restañaron de esa manera las heridas causadas a la juventud.

### *b.2. Reivindicación de los discapacitados*

Más adelante en el tiempo, concretamente al inicio de los noventas, para revaluar la situación de quienes tienen impedida o entorpecida alguna de las actividades ordinarias consideradas como normales por alteración de sus funciones intelectuales o físicas, brevemente identificados como discapacitados, precisamente porque dicha situación es conocida como una discapacidad, el Código Civil fue objeto de las modificaciones con inicio de vigencia el 24 de julio de 1992, de las que se desprenden, entre otras innovaciones, las que se listan en los incisos siguientes.

1º Se dispuso que la menor edad, el estado de interdicción y las demás incapacidades establecidas en la ley, como restricciones a la personalidad jurídica (ahora como vimos por reforma posterior a la capacidad de ejercicio), que no significan menoscabo a la dignidad de la persona ni a la integridad de la familia. Aparentemente el legislador confundió un concepto estrictamente jurídico como es la capacidad o incapacidad de ejercicio en su caso, con la discapacidad, cuestión preponderantemente física o intelectual, la cual, si bien en este segundo supuesto puede traer consigo la incapacidad de ejercicio, son conceptos diversos. En un descuido, el legislador creyó que la capacidad de ejercicio se refiere al físico.

2º Contra lo establecido originalmente en el artículo 450, la incapacidad natural y legal se atribuyó, además de a los menores de edad, no a los idiotas, imbeciles, ebrios consuetudinarios, con esos calificativos agresivos a los mayores



de edad, que después de una reforma de la reforma inicial, son ahora los mayores de edad que por causa de enfermedades o estado particular de discapacidad de cualquier género no puedan gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad por sí mismos o por algún medio que la supla. Lo fundamental en el supuesto es la imposibilidad del autogobierno, porque implica no ser dueño de sus actos.<sup>11</sup>

3° Al aludir tantas veces a los incapaces señalados en la fracción II del artículo 450 del código, con supresión de los señalamientos considerados ofensivos contenidos en su texto original, no faltó ocasión en la cual el legislador se fue de bruces con indicaciones fuera de la realidad. Un ejemplo lo es el artículo 591, en cuyo texto original facultaba al menor de edad, con ya 16 años cumplidos, para exigir por propio derecho cuentas al tutor, lo que puede hacer como una manifestación de capacidad de ejercicio al haber alcanzado esa edad, pero que por las reformas citadas, se hizo extensivo en los mismo términos a los incapaces señalados, con la posibilidad absurda de que también puedan hacerlo por derecho propio, pues ese es el sentido de la disposición.

---

<sup>11</sup> Reformas van y vienen pero el legislador no termina por entender la diferencia entre la incapacidad natural y la incapacidad legal. Con apego a los conceptos técnicos de una y otra, un menor con 17 años y medio de edad y soltero, es incapaz legal pues la ley así lo califica, pero es un hecho que en condiciones normales no es incapaz natural al tener conciencia de sus actos, pero para la ley es incapaz legal y natural. No es perceptible la diferencia en la madurez de ese menor y los 18 años recién cumplidos.

## EL PATRIMONIO

---

## SUMARIO

- I. Introducción.
- II. Significado.
- III. Planteamiento de la problemática.
- IV. Teorías que explican su naturaleza jurídica.
  - A) Teoría Clásica, Subjetiva o del Patrimonio-Personalidad.
  - B) Crítica a la Teoría Clásica, Subjetiva o del Patrimonio-Personalidad.
  - C) Teoría del Patrimonio Afectación, Moderna u Objetiva.
  - D) Crítica a la Teoría del Patrimonio Afectación, Moderna u Objetiva.
  - E) Teorías Negativas.
- V. Elementos del patrimonio.
- VI. Clasificación.
- VII. Efectos del Patrimonio.
- VIII. Universalidad jurídica y de hecho.
- IX. Concepto.

# EL PATRIMONIO

José Joaquín Herrera Villanueva

Notario No. 33 del D. F.

## I. INTRODUCCIÓN

El debate sobre la posibilidad de la existencia de la sociedad unimembre o unipersonal en el ordenamiento jurídico mexicano,<sup>1</sup> tiene como punto de partida resolver la cuestión de otorgar a la persona que desea invertir en una empresa la posibilidad legal de no comprometer todos sus bienes.<sup>2</sup> A este punto se ha llegado después de intentos un tanto burdos, como la reforma de que fue objeto la Ley General de Sociedades Mercantiles por decreto de fecha 3 de junio de 1992, publicado en el Diario Oficial de la Federación del 11 de junio del mismo año, por la que se reconoció la existencia de la sociedad bipersonal. Con la cual se legitimó la utilización del llamado accionista “de paja”. Esta reforma institucionalizó un fraude *legis* ya que permitió la existencia de sociedades que sólo nominalmente cumplían con el requisito de ser figuras asociativas. Contra este artificio a todas luces injusto, en razón de que el comerciante que no tiene la posibilidad de constituir una sociedad responde con todos sus bienes por las obligaciones que contrae en el curso de su empresa, reaccionó la doctrina<sup>3</sup> y los tribunales a través del reconocimiento de la figura del levantamiento del velo corporativo.<sup>4</sup> O se han

---

<sup>1</sup> El presente artículo es la primera parte de un estudio sobre la empresa como patrimonio de afectación en el derecho mexicano vigente.

<sup>2</sup> *Cfr.* la Iniciativa con proyecto de decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

<sup>3</sup> *Lifting the Veil*, *vid.* Miguel Acosta Romero, Francisco de A. García Ramos y Paola García Álvarez, *Tratado de Sociedades Mercantiles con énfasis en la Sociedad Anónima*, 2ª ed., Editorial Porrúa, México, 2004, pp. 689-694.

<sup>4</sup> Tesis: “Abuso de la personalidad jurídica societaria, al advertirse debe levantarse el velo corporativo”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima época, Libro XXIII, agosto de 2013, Poder Judicial de la Federación, 2013, Sección Segunda Tesis que no integran jurisprudencia, Quinto Tribunal Colegiado en materia Civil del primer Circuito. I.5o.C.27 C (10a.) Amparo directo 740/2010. Spectrasite Communications, Inc. 15 de diciembre de 2011. Unanimidad de

utilizado instrumentos jurídicos técnicos como el fideicomiso, para lograr dicha finalidad, el cual tiene el inconveniente de su alto costo.

En el fondo, la cuestión versa sobre la responsabilidad patrimonial del deudor y la posibilidad de limitarla voluntariamente. La limitación de la responsabilidad patrimonial del deudor ha sido tratada a través de la conceptualización de la teoría del patrimonio de afectación. Por lo cual, la verdadera pregunta es: ¿El ordenamiento jurídico mexicano permite la existencia de patrimonios de afectación? Si la respuesta es afirmativa, no hay necesidad de recurrir a la ficción de crear o permitir la sociedad unipersonal, sino únicamente regular la existencia y régimen legal del patrimonio de afectación. Lo cual me lleva a estudiar el tema del patrimonio, a fin de averiguar cuál es la naturaleza del mismo en el sistema jurídico mexicano.

## II. SIGNIFICADO

Etimológicamente el término patrimonio viene del latín *patrimonium*,<sup>5</sup> y significa los bienes o el conjunto de cosas corporales que el hijo adquiere por herencia de sus ascendientes,<sup>6</sup> y en sentido figurado significa todos los bienes que pertenecen a una persona<sup>7</sup> adquiridos por cualquier título.<sup>8</sup>

El concepto de patrimonio como entidad abstracta y universalidad jurídica sujeta a una regulación específica, no tiene su origen en el derecho romano clásico.<sup>9</sup>

Nominalmente en el derecho romano al conjunto de cosas pertenecientes a una persona se le designó con el término *bona*. Pero no exclusivamente, en efecto, también se utilizaron indistintamente los términos *res*, *pecunia* o *patrimonium* para referirse tanto a un conjunto de bienes, al patrimonio neto (activo menos pasivo), o a la susceptibilidad de que una cosa fuera objeto del *ius civile*<sup>10</sup> o del

---

votos. Ponente: María Soledad Hernández Ruiz de Mosqueda. Secretario: Ricardo Mercado Oaxaca, p. 1517.

<sup>5</sup> Voz: *Patrimonium*, ii. n. Cic. Patrimonio, bienes que se poseen de los padres, vid. Manuel de Valbuena, *Diccionario Universal Latino-Español*, 6ª ed., Imprenta Real, Madrid, 1829.

<sup>6</sup> Voz: Patrimonio: *Patrimonium*, *patrimonii*. *Res familiaris*, vid. Diccionario Abreviado Latino-Español, Español-Latino, 8ª ed., Barcelona, Biblograf, 1975.

<sup>7</sup> Voz: "Patrimonio" en el Pequeño Larousse Ilustrado, France, 1964.

<sup>8</sup> Voz: Patrimonio, Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 15ª ed., Madrid, 1925.

<sup>9</sup> Para algunos estudiosos el término *bona* puede ser referido a un conjunto de bienes. Pero el mismo no tiene la connotación actual del patrimonio como una institución con un régimen jurídico propio, distinto a los elementos que lo integran.

<sup>10</sup> Así Ulpiano refiriéndose a esta cualidad decía "*Rei appellatione et causae et iura continentur*", citado por Eugene Petit, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, trad. de José Ferrández

*ius gentium*.<sup>11</sup> Y no para referirse a la institución que explica el fenómeno de que los bienes de una persona conforman una unidad, que a su muerte se transmitirá universalmente a los herederos, ya que en el derecho romano existe la *hereditas iacens*. Ni mucho menos para referirse a la prenda general tácita, a pesar de que la responsabilidad patrimonial del deudor tiene su origen en la *lex Poetelia Papiria* del año 326 a.C., por la cual el deudor ya no responde con su vida o libertad del incumplimiento de sus obligaciones, sino con sus bienes.<sup>12</sup> A pesar de esto, como se mencionó, el derecho romano clásico no elaboró, ni reguló al patrimonio como institución.

Si bien es cierto que el jurisconsulto<sup>13</sup> Gayo<sup>14</sup> comienza su famosa clasificación de las cosas con la división entre *res in patrimonio* y *res extra patrimonio*,<sup>15</sup> no se refiere propiamente al conjunto de bienes con un régimen jurídico particular como posteriormente será definido el patrimonio en época histórica.

Tradicionalmente se ha definido al patrimonio como un atributo de la personalidad consistente en un conjunto de bienes, derechos, deberes y obligaciones susceptibles de apreciación pecuniaria, es decir, valuables en dinero, que constituyen una universalidad jurídica.<sup>16</sup>

Es oportuno señalar que el suscrito considera que el patrimonio exclusivamente está conformado por bienes, es decir, derechos reales, derechos personales, obligaciones reales, obligaciones personales y cargas, susceptibles de valuación pecuniaria, por lo que a lo largo del presente estudio, siempre debe entenderse, que los derechos de la persona o de la personalidad, son extrapatrimoniales.

---

González, Editora Nacional, México, 1978, p. 165.

<sup>11</sup> Cfr. Rodolfo Sohm, *Instituciones de Derecho Privado Romano*, trad. de Wenceslao Roces, Gráfica Panamericana, México, 1951, p. 139. Pietro Bonfante, *Instituciones de Derecho Romano*, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2007, p. 236. J. Gottl. Heineccio, *Recitaciones del Derecho Civil según el orden de la Instituta*, trad. de Don Luis de Collantes, Librería de Garnier Hermanos, París, tomo I, p. 351-352. UOC La universidad virtual, *Derecho Patrimonial Romano I*, e-book, pos. 48.

<sup>12</sup> "*pecuniae creditae bona debitoris, non corpus obnoxium esset*", vid. Juan Iglesias, *Derecho Romano, Instituciones de Derecho Privado*, 2ª reimpresión de la 9ª ed., Editorial Ariel, Barcelona, 1987, pp. 19, 224 y 387.

<sup>13</sup> Tal vez debería referirme al jurisconsulto Gayo, para hacer eco a una plausible teoría sobre la identidad de este enigmático personaje.

<sup>14</sup> Gayo al inicio del *Derecho de las cosas* en sus *Institutas*, menciona: "*Veamos ahora lo que concierne a las cosas, las cuales o están en nuestro patrimonio o están consideradas fuera de él*", cfr. Gayo, *Institutas*, trad. de Alfredo Di Pietro, 3a ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1987, p. 187.

<sup>15</sup> Juan Iglesias, *op cit.*, pp. 238-239.

<sup>16</sup> Voz: Patrimonio, Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Diccionario Jurídico Mexicano*, 11ª ed. Editorial Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1998.

### III. PLANTEAMIENTO DE LA PROBLEMÁTICA

El patrimonio es una institución que fue elaborada para explicar los siguientes problemas:

A. La responsabilidad patrimonial del deudor. Los juriconsultos se preguntaron acerca del fundamento del por qué un deudor responde a sus acreedores con todos sus bienes, salvo aquéllos que son inalienables o inembargables (art. 2,964 del Código Civil para el Distrito Federal<sup>17</sup> y arts. 534 y 544 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal<sup>18</sup>), la mal llamada prenda general tácita.

B. La subrogación real. La cual trata de resolver el problema del por qué ese conjunto es el mismo, a pesar de la variación de los bienes que lo integran; así como el relativo al destino o régimen jurídico que tienen los bienes que ingresan al citado conjunto como consecuencia de la enajenación de un bien perteneciente al mismo. También busca la respuesta a la pregunta: ¿Por qué el deudor responde con los bienes que tiene al momento de exigírsele el pago y no con los bienes que tenía al momento de contraer la obligación o al momento de interponerse la demanda o al momento de causar ejecutoria la sentencia que lo condena al pago de la deuda, etc.?; y

C. La herencia. La problemática que origina la situación de los bienes y obligaciones de que era titular una persona a su fallecimiento ¿Por qué se transmiten todos los bienes y obligaciones en su conjunto -de manera universal y no particular e individualmente- a los herederos del difunto (arts. 1,281 y 1,288; en especial sobre las obligaciones véase arts. 1848, 1849, 1933, 1998, 2007 y 2009 del C.C.).

Las tres problemáticas parecen no tener relación alguna entre sí. Pero esto sólo es en apariencia, ya que en dichos supuestos se encuentra presente la regulación de la situación jurídica de un conjunto de bienes y obligaciones que se encuentran vinculados entre sí conformando un todo único. En efecto, el concepto de patrimonio se origina para dar explicación al supuesto de la transmisión a título universal de un conjunto de bienes y obligaciones; de la medida de responsabilidad del deudor frente a sus acreedores, en especial, frente a los quirografarios, es decir, de la llamada prenda general tácita; y el régimen jurídico que tienen los bienes que son adquiridos por una persona al ingresar a esa unidad abstracta, los cuales conservan el destino legal que tenían los bienes enajenados y ésta su unidad. Lo anterior nos da una idea de la importancia y aplicación que tiene el estudio del concepto patrimonio.

Surge la pregunta si el C.C. regula al patrimonio o si al menos reconoce a dicha institución. El C.C. no regula al patrimonio como una institución indepen-

<sup>17</sup> En lo sucesivo C.C.

<sup>18</sup> En lo sucesivo C.P.C.

diente, sólo se refiere al término patrimonio incidentalmente, como por ejemplo, para calificar la figura jurídica del patrimonio de familia (arts. 723 a 746, 832, 2317, 2917 y 3042 II) y en algunos artículos se menciona el término patrimonio (arts. 455, 469 bis., 469 quater, 537 fracción III, 539, 1288, y 2108). No existe ninguna referencia a la palabra patrimonio en el Libro Segundo “De los Bienes” del C.C.

#### IV. TEORÍAS QUE EXPLICAN SU NATURALEZA JURÍDICA

¿Por qué una pluralidad de bienes es tratada con la unidad necesaria para resolver los problemas antes planteados? ¿Qué es lo que da cohesión o unidad a esos bienes y obligaciones de diversa naturaleza? La respuesta a estas preguntas no fue algo que preocupara a los juristas romanos, quienes se dedicaron a resolver cada una de las problemáticas de manera particular y separada, ni tampoco a los juristas medievales, quienes consideraron que dichos problemas no tenían relación entre sí. La preocupación sobre este tema empieza tardíamente en la historia del derecho, es hasta el siglo XIX cuando los juristas comienzan a resolver las interrogantes planteadas a través de una institución, que aplica un mismo régimen jurídico a una agrupación de bienes y obligaciones singulares y heterogéneas, a la que denominaron patrimonio, la cual daba de manera sistematizada la respuesta a dichas interrogantes.<sup>19</sup>

##### A) TEORÍA CLÁSICA, SUBJETIVA O DEL PATRIMONIO-PERSONALIDAD

Para la teoría clásica, subjetiva o del patrimonio-personalidad, la cohesión se deriva de que esos bienes, derechos y obligaciones, susceptibles de ser valuados en dinero, de diversa naturaleza, reales o personales, pertenecen a una misma persona, conformando una masa única, cuya existencia es abstracta. Dicho conjunto es un todo ideal. El cual es considerado una universalidad jurídica o de derecho, en razón, de que a dicho conjunto se le aplica un régimen jurídico diferente del que se la aplicaría a cada uno de los elementos que lo integran, cuando son considerados de manera individual.

---

<sup>19</sup> La expresión patrimonio es atribuida al jurisconsulto Pomponio, *cf.* Ariel Angel Dasso, “Hacia un nuevo concepto de patrimonio y responsabilidad limitada”, en *Jornadas Internacionales de Derecho Económico Empresarial en Homenaje al Profesor Emérito Dr. Héctor Alegria*, 7 y 8 de abril de 2011, p. 2, en [/tmp/Argentina Dasso-Hacia un nuevo concepto de responsabilidad limitada.doc](http://tmp/Argentina Dasso-Hacia un nuevo concepto de responsabilidad limitada.doc) (20/07/2014).



Se debe a la Escuela de la Exégesis la caracterización del patrimonio como un atributo de la personalidad. El patrimonio en esta teoría es considerado como una emanación de la persona, y en cuanto tal participa invariablemente de las características de aquélla, su razón de ser fue explicar el problema de la herencia y la prenda general tácita como garantía de los acreedores quirografarios.

Se considera como uno de sus primeros exponentes al jurista Karl Salomo Zachariä von Lingenthal,<sup>20</sup> quien en su obra denominada “*Handbuch des Französischen Civilrechts*”, publicada originalmente en los años de 1808 a 1827, consideró al patrimonio como ligado a la persona y lo definió como:

*la universalidad jurídica de todos los objetos exteriores que pertenecen a una persona.*<sup>21</sup>

Sin embargo, se debe a los famosos juristas franceses Charles Aubry y Charles-Frédéric Rau,<sup>22</sup> la elaboración de la teoría del patrimonio-personalidad, quienes en su obra denominada “*Cours de Droit Civil Francais d’après la méthode de Zachariae*”,<sup>23</sup> publicado durante los años de 1869 a 1877,<sup>24</sup> consideraron al patrimonio como el conjunto de los bienes de una persona, considerado como formando una universalidad de derecho. La idea de patrimonio afirmaron se deduce

---

<sup>20</sup> Karl Salomo Zachariä von Lingenthal, nació en Meissen en el año de 1769 y murió en Heidelberg en el año de 1843. Su obra *Handbuch des Französischen Civilrechts*, fue publicada en 3 volúmenes en 1808-1827, *vid.* [http://de.wikisource.org/wiki/ADB:Zachariae,\\_Karl\\_Salomo](http://de.wikisource.org/wiki/ADB:Zachariae,_Karl_Salomo) (13/06/2014).

<sup>21</sup> “*Das Vermögen einer Person ist die Gesamtheit der äußeren Gegenstände, die einer Person gehören. Es ist mithin a) nicht etwa selbst ein äußerer Gegenstand, so wie eine Sache oder eine Leistung; sondern nur die Vorstellung von rechtlichen Einheit gewisser Gegenstände. b.) Diese Einheit beruht auf der Einheit des Subjectes, auf welches diese Gegenstände in rechtlicher Hinsicht zu beziehen sind. c.) Ein und ebenderselbe Mensch kann in der Regel nur ein einziges Vermögen besitzen. Jedoch leidet diese Regel...*”, Karl Salomo Zachariä von Lingenthal, *Handbuch des Französischen Civilrechts*, Bey Mohr und Zimmer, Heidelberg, 1812, Volumen cuatro, pp. 3-4, en el recurso <http://books.google.es/books>.

<sup>22</sup> Charles Aubry, nació en Saverne, Bajo Rin, en el año de 1803 y murió en el año de 1883. Charles-Frédéric Rau, nació en Bouxwiller, Bajo Rin, en el año de 1803 y murió en París en el año de 1877, *vid.* [http://fr.jurispedia.org/index.php/Charles\\_Aubry\\_et\\_Charles\\_Rau\\_\(fr\)](http://fr.jurispedia.org/index.php/Charles_Aubry_et_Charles_Rau_(fr)) (13/06/2014).

<sup>23</sup> Aubry y Rau, tradujeron al francés el *Handbuch des Französischen Civilrecht* de Zachariä y lo publicaron bajo el título de *Cours de Droit Civil Francais traduit de l’Allemand de M.C.S. Zachariae*. Posteriormente lo publicaron bajo el nombre de *Cours de droit civil d’après la méthode de Zachariae*, ídem.

<sup>24</sup> Citado por Gonzalo Figueroa Yáñez, *El patrimonio*, 2ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1997, p. 28.

directamente de la de personalidad.<sup>25</sup> Recordemos la clásica definición que de patrimonio dieron estos autores:

Le patrimoine d'une personne est l'universalité juridique de ses droits réels et de ses droit personnels proprement dits (jura obligationum), en tant qu'on envisage les objets sur lesquels ils portent sous le rapport de leur valeur pécuniaire, c'est-à-dire comme des biens.<sup>26</sup>

Estos autores consideraron que esta masa de bienes conforma un todo abstracto sometido a un régimen jurídico propio, independiente de sus elementos, en razón de ser atribuidos a una persona. El efecto de la personalidad<sup>27</sup> sobre los bienes y obligaciones de que es titular una persona es la agrupación de los mismos formando una universalidad jurídica.

*El patrimonio no es sino la personalidad misma del hombre en sus relaciones con los objetos exteriores sobre los cuales tiene o podría tener derechos que ejercer.*<sup>28</sup>

Recordemos que los atributos de la personalidad<sup>29</sup> son las cualidades jurídicas que necesariamente tienen todas las personas.<sup>30</sup> En base a este postulado de considerar que el patrimonio es una emanación de la personalidad, Aubry y Rau, en perfecta lógica con su afirmación lo explicaron en función de la misma. Se debe a Julien Bonnecase la exposición sistemática de las ideas de estos dos grandes autores a través de doce principios o consecuencias de considerar al patrimonio como atributo de la personalidad:

Bonnecase expone en la siguiente forma las doce proposiciones que formularon Aubry y Rau al exponer la doctrina clásica del patrimonio: 1o. El patrimonio se traduce por una masa de bienes activos y pasivos, que representan un valor económico de conjunto, y de cuya masa se excluyen aquellos derechos que han sido llamados, a

---

<sup>25</sup> Citado por Henri y León Mazeud y Jean Mazeud, *Lecciones de Derecho Civil*, trad. de Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1976, parte primera, volumen I, p. 435.

<sup>26</sup> Vid. C. Aubry et C. Rau, *Cours de Droit Civil Français, d'après l'ouvrage allemand de C.-S. Zachariae*, 3ª ed., Cosse, Imprimeur-Éditeur, Paris, 1857, tomo V, p. 1.

<sup>27</sup> Atributo se define como cada una de las cualidades o propiedades de un ser, *vid.* Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, edición citada.

<sup>28</sup> Aubry et Rau, *op. cit.*, tomo IX, p. 229, citado por Gonzalo Figueroa Yáñez, *op. cit.*, p.29.

<sup>29</sup> Para Ignacio Galindo Garfias, la personalidad lleva implícitas ciertas cualidades esenciales, es decir, que le son propias por su misma naturaleza, llamadas atributos de la personalidad, *vid. Derecho Civil, Primer Curso, Parte General. Personas. Familia*, 8ª ed., Editorial Porrúa, México, 1987, pp. 318 y 320.

<sup>30</sup> Cfr. Efraín Moto Salazar, *Elementos de Derecho*, 12ª ed., Editorial Porrúa, México, 1967, p. 127.

veces, bienes morales o meramente intelectuales, como los de familia, el talento, el honor, la consideración, etc. considerados en sí mismos, pues, como veremos, cuando estos bienes son lesionados, dan derecho a una reparación pecuniaria. 2o. La idea de patrimonio está indisolublemente ligada a la idea de personalidad. No se concibe un conjunto de bienes constitutivos de un patrimonio sin una persona que sea su titular. 3o. No solamente el patrimonio está ligado a la idea de personalidad, en el sentido de que es imposible concebir un patrimonio sin una persona que sea su titular, sino que además, el patrimonio se identifica con la persona misma, desde determinado punto de vista, en el sentido de que el patrimonio se reduce, por una parte, a la aptitud de la persona para adquirir y, por la otra, a los bienes que en un momento dado pertenecen a una persona. En otras palabras, el patrimonio comprende dos elementos distintos: uno subjetivo, es decir, el poder económico de la persona, su aptitud para adquirir, y otro objetivo, es decir, los bienes que en un momento dado pertenecen a esta persona. 4o. Toda persona tiene necesariamente un patrimonio. Los autores más recientes aceptan esta proposición, y es así como Planiol, en su primera edición, dice, a propósito de la relación de la idea de patrimonio y de la personalidad: “Una persona puede poseer muy pocas cosas, no tener ni derechos ni bienes de ninguna especie; y hasta, como ciertos aventureros, no tener más que deudas; sin embargo, tiene un patrimonio. Patrimonio no significa riqueza; un patrimonio no encierra necesariamente un valor positivo, puede ser como una bolsa vacía y no contener nada. 5o. El patrimonio es de naturaleza puramente intelectual; es decir, se distingue de los elementos concretos que en un momento dado pueden componerlo. En otras palabras, el patrimonio constituye una universalidad jurídica, en cuyo seno son fungibles todos los elementos que la constituyen, unos con relación a los otros, es decir, se consideran no individualmente sino sólo en su valor. Aubry y Rau recurren a la idea de subrogación real, para explicar este resultado. 6o. El patrimonio es inalienable durante la vida de la persona. 7o. El patrimonio de una persona, es, durante su vida, uno e indivisible. 8o. No obstante que el patrimonio, como universalidad de bienes, se basa en la personalidad, se distingue de la persona misma; puede concebirse la existencia de una relación entre la persona y el patrimonio. Esta es la que se establece entre una persona y todo objeto que le pertenezca; tal relación es un derecho de propiedad. El derecho de propiedad es el único derecho real de que puede ser objeto el patrimonio durante la vida de su titular. 9o. El patrimonio, inalienable durante la vida de su titular, a la muerte de éste se transmite, en el sentido subjetivo e integral del término, a sus herederos, a quienes se llama continuadores de la persona, puesto que, en principio, están obligados al pago indefinido de las deudas; sólo se transmite objetivamente a los herederos llamados sucesores a los bienes, puesto que éstos únicamente responden del pasivo hasta el monto del activo. 10o. Siendo el patrimonio una emanación de la personalidad, las obligaciones a cargo de una persona deben gravar también, naturalmente, su patrimonio. Por ello existe en favor de los acreedores un derecho de garantía que recae sobre el patrimonio mismo del deudor y, por consiguiente, sobre todos y cada uno de los bienes de que se compone o pueda componerse. La idea de subrogación real contribuye a explicar este resultado. 11o.

Igualdad de los acreedores en la distribución del patrimonio, en cuanto al ejercicio del derecho de garantía. En esta fórmula Aubry y Rau establecen el principio de que la fecha de las diversas deudas a cargo de un patrimonio es indiferente precisamente por recaer el derecho de los acreedores sobre el patrimonio, considerado en sí mismo; todos estos acreedores tiene los mismo derechos sobre el patrimonio o más bien sobre los elementos que lo integran al embargarse éste; con más exactitud puede decirse que se les paga a prorrata, en proporción al monto de sus créditos. 12o. El patrimonio considerado en su conjunto sería protegido, no sólo por la facultad de reivindicar el patrimonio en la forma de una petición de herencia a la muerte de una persona, sino también por la acción que compete al ausente, en virtud del artículo 132, y a mayor abundamiento por la de enriquecimiento sin causa. (Bonnetcase, ob. cit. Tomo II, págs. 73 a 74).<sup>31</sup>

Por su rigor lógico dentro de la teoría del patrimonio-personalidad destacan las siguientes afirmaciones: (i) que sólo la persona puede tener patrimonio; (ii) toda persona tiene patrimonio; y (iii) que la persona sólo puede tener un patrimonio.<sup>32</sup> Veamos con detenimiento estos postulados:

A. Sólo la persona puede tener patrimonio. Únicamente la persona es sujeto de derecho, en cuanto tal, tiene capacidad jurídica para ser titular de bienes y contraer obligaciones. Al igual que los demás atributos, el patrimonio es condición necesaria de la persona, ya que ésta requiere tener un patrimonio para la realización o cumplimiento de sus fines.<sup>33</sup>

En razón de que sólo las personas pueden ser sujetos de derechos y obligaciones (arts. 22, 25 y 26 del C.C.), nunca una persona puede ser objeto de derecho y en contrapartida las cosas —dentro de las que se incluyen a los animales—<sup>34</sup> son objeto del derecho nunca sujeto del mismo (art. 747, 750, 752, 1013, 1824 fracc. I, 1825, 2011, 2112 y 2150 del C.C.).

---

<sup>31</sup> Citado por Rafael ROJINA VILLEGAS, “*Derecho Civil Mexicano*”, 4ª ed., Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1969, Tomo 3º, Bienes y Derechos Reales, Vol. I, pp. 18 y 19. Cfr. Julien BONNETCASE, *Tratado Elemental de Derecho Civil*, trad. de Enrique FIGUEROA ALFONZO, Editorial Pedagógica Iberoamericana, México, 1995, pp. 670-671. Se optó por la traducción que consta en la obra del Ministro Rojina Villegas.

<sup>32</sup> Cfr. Marcel PLANIOL y George RIPERT, con la colaboración de René Savatier, *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*, trad. del Dr. Mario Díaz Cruz, Cultural, Habana, tomo I, p. 5.

<sup>33</sup> El Dr. Alberto PACHECO ESCOBEDO afirma “*La persona humana, como presupuesto que es del orden jurídico, tiene unos derechos, que le son necesarios para lograr sus fines, y que en consecuencia le pertenecen por su misma condición de persona.*”, vid. *La persona en el Derecho Civil Mexicano*, 2ª reimpresión de la 2ª ed., Panorama Editorial, México, 1998, p. 54.

<sup>34</sup> Para el Código Civil los animales son cosas, ya inmuebles art. 750 fracc. X o muebles art. 753. Pero en respuesta a la concepción del ser humano como parte integrante de su entorno y de los animales como seres vivos, la legislación administrativa ya no califica de cosas a los animales, vid. Ley General de Vida Silvestre y mi estudio sobre los bienes.

Por tal motivo, no puede existir un patrimonio sin titular. Los llamados patrimonios autónomos, como la *hereditas iacens* del derecho romano o las masas de bienes fundacionales, no pueden existir, ya que necesariamente el patrimonio debe tener un titular que es la persona.

En este mismo orden de ideas George Ripert y Jean Boulanger afirman que siempre que se advierta la existencia de derechos y obligaciones que no incumben a una persona humana, se dice que existe una persona moral,<sup>35</sup> a fin de que cuenten con un titular.<sup>36</sup>

B. Toda persona tiene patrimonio. El patrimonio no es sinónimo de riqueza, sino la aptitud de adquirir bienes y contraer obligaciones, “puede ser como una bolsa vacía y no contener nada”.<sup>37</sup> Ya que no se requiere que la persona tenga bienes presentes, basta la posibilidad de ser adquiridos en un futuro, el patrimonio, se dice, comprende los bienes *in potentia*, es el elemento subjetivo del mismo.

Esta aptitud es immanente a la persona y origina el principio de la intransmisibilidad o inalienabilidad del patrimonio. Así como una persona no puede enajenar su nombre, domicilio, estado civil, etc., tampoco puede transmitir su patrimonio, porque es inseparable de la persona. El patrimonio sólo es enajenable *mortis causa* a título universal. A la muerte de la persona su patrimonio (activo y pasivo) se transmite por ministerio de ley a sus herederos (art. 1281 del C.C.).

El patrimonio sólo se transmitirá a su fallecimiento *ope iuris* no *ex voluntate*. La persona podrá designar o no a sus causahabientes *mortis causa*, pero no puede impedir la transmisión de su patrimonio a su fallecimiento.

El Patrimonio es intransmisible por acto entre vivos. Nunca se puede enajenar en su contenido total actual (activo y pasivo) por acto *inter vivos* (art. 2347 del C.C.).

C. La persona sólo puede tener un patrimonio. El conjunto de bienes y obligaciones de una persona conforman una masa única, abstracta o ideal, es el principio de la unidad del patrimonio. Este principio implica que el patrimonio no puede ser dividido o fraccionado, como no puede ser dividida o fraccionada la personalidad. Los atributos de la personalidad son indivisibles. Una persona no puede transmitir por acto *inter vivos* una parte de su patrimonio (activo y pasivo) o enajenar la nuda propiedad del mismo o constituir usufructo sobre su patrimonio (art. 1027 C.C.). De conformidad con este principio una persona moral civil no podría escindirse, porque no puede dividir su patrimonio, a menos que exista

---

<sup>35</sup> Georges RIPERT y Jean BOULANGER, *Tratado de Derecho Civil, según el Tratado de Planiol*, Buenos Aires, La Ley, Tomo I, p. 405.

<sup>36</sup> Lo cual es desde luego una solución fundamentada en una ficción legal.

<sup>37</sup> Marcel PLANIOL y George RIPERT, *Tratado Elemental de Derecho Civil*, trad. del Lic. José M. Cajica Jr., Editorial José M. Cajica, Jr., Puebla, pp. 13-14.

una disposición legal que excepcionalmente lo autorice, como sí sucede en el caso de las sociedades mercantiles (art. 228 bis de la Ley General de Sociedades Mercantiles).

En razón de que el patrimonio es único e indivisible, el deudor responde al acreedor quirografario del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes y no con determinado bien –subrogación real- o sólo con algunos de ellos (art. 2964 del C.C.). El pago se realiza a prorrata y sin importar la fecha u origen del crédito (arts. 2977 y 2998 del C.C.). Incluso una vez terminado el concurso, el acreedor puede proceder a embargar los bienes que el deudor haya adquirido con posterioridad a la terminación del mismo para cubrir la parte del crédito que no le fue pagada (art. 2975 del C.C.).

Este principio explica que el deudor no puede excepcionarse de su responsabilidad alegando que al momento de contraer la obligación no tenía bienes o los que tenía eran distintos a los existentes al momento del incumplimiento, lo anterior por efecto de la subrogación real. Por esta razón es que el deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones con los bienes que tenga al momento de efectuarse el cobro de la deuda y no de aquellos que hubiese tenido al momento de la creación de la obligación (arts. 534, 536 y 541 fracción III del C.P.C.).

#### B) CRÍTICA A LA TEORÍA CLÁSICA, SUBJETIVISTA O DEL PATRIMONIO-PERSONALIDAD

Como se observa Charles Aubry y Charles-Frédéric Rau, fueron consecuentes con su idea de que el patrimonio es un atributo de la personalidad y por tal motivo le asignaron al patrimonio las mismas características que tienen los atributos de la personalidad, a saber, necesidad, indivisibilidad, inalienabilidad e imprescriptibilidad, y ese fue digamos su pecado. En razón de que tuvieron que explicar el funcionamiento de cada una de las características de los atributos de la personalidad en relación al patrimonio, se vieron en la necesidad de forzar su argumentación y explicar como excepciones a los principios, los casos en que el patrimonio no participa en su plenitud de dichas características. La teoría del patrimonio-personalidad fue duramente criticada por su rigor lógico jurídico y contra ella se dirigieron críticas implacables por connotados juristas.

Francisco Geny consideró que la teoría de Aubry y Rau, en su precisión lógica era artificiosa y equivocada; en efecto, el número de excepciones que se pueden encontrar a los principios formulados por la teoría del patrimonio-personalidad son tantos que los hacen nugatorios.

Como primer crítica se hace ver que la teoría del patrimonio-personalidad confunde al patrimonio con la capacidad.

Al considerar Charles Aubry y Charles-Frédéric Rau que todas las personas tienen necesariamente patrimonio, aunque actualmente no tengan absolutamente nada, ni bienes ni deudas, porque el mismo no es sinónima de riqueza, sino la aptitud legal de adquirir bienes *in potentia*, confunden patrimonio con la capacidad.

Al considerar el elemento subjetivo del patrimonio como una aptitud lo que realmente están describiendo Aubry y Rau es el concepto de capacidad jurídica.<sup>38</sup> En efecto, la capacidad jurídica se entiende como el atributo de la personalidad para ser sujeto de derechos (adquirirlos) y obligaciones (contraerlas). Nicolas Coviello afirmó sobre este punto que un pobre no tiene patrimonio, el afirmar lo contrario es negar la realidad. El patrimonio son los bienes presentes no la posibilidad de adquirirlos.

También se criticó el principio de que sólo las personas tienen patrimonio, en efecto, en el derecho francés encontramos los casos de la herencia yacente y de las fundaciones, que son verdaderos patrimonios sin titular.

Es de advertir, que la herencia yacente no tiene posibilidad en el derecho mexicano por aplicación del principio de retroactividad de la aceptación de la herencia (arts. 1660, 1288 y 1649 del C.C.) y las fundaciones (masas autónomas de bienes destinadas a un fin asistencial), en nuestro sistema jurídico por una ficción legal se considera que existen como persona moral al momento de la afectación (adquisición) de los bienes, (arts. 2 fracción V y 11 de la Ley de Instituciones de Asistencia Privada para el Distrito Federal).

Además, el principio de unidad del patrimonio dicen los críticos de esta teoría clásica, sufre diversas excepciones, ya que hay casos en que de la ley se desprende que una persona tenga dos patrimonios:

A. Como en el caso del beneficio de inventario, en el que el heredero —afirman los críticos de esta teoría— tiene dos patrimonios: el propio y el del haber hereditario (art. 1678 del C.C.); dicho beneficio de inventario impide la extinción de obligaciones por confusión (art. 2208 del C.C.).

Regulación que el Código Civil también efectúa en relación a la responsabilidad patrimonial de los causahabientes a título particular, como en el propio caso de la donación universal (art. 2354 del C.C.) o de los legatarios (art. 1285 del C.C.), en los cuales parece que el donatario y el legatario tienen una masa de bienes diferenciada dentro de su patrimonio regulada por un régimen jurídico particular o especial.

B. En el caso de la ausencia (art. 669 del C.C.) y la presunción de muerte (art. 705 del C.C.), el regreso del ausente o del presunto muerto o la certeza de

---

<sup>38</sup> “La capacidad de goce es la aptitud que toda persona tiene para ser titular de derechos y obligaciones(...)Por ello mismo se dice que la capacidad de goce es inmanente de la personalidad” Raúl Ortiz-Urquidi, *Derecho Civil, Parte General*, Editorial Porrúa, México, 1977, p. 297

su muerte hacen recobrar sus bienes al ausente o al presunto muerto o a sus herederos (arts. 697, 708 y 717 del C.C.), de lo cual se desprende a *contrario sensu* que dichos bienes siempre formarán una masa separada de los bienes propios de los poseedores provisionales o definitivos.

C. También se mencionan como excepciones al principio de unicidad, los casos de ciertos conjuntos de bienes que se encuentran agrupados por su destino, como el patrimonio de familia o la sociedad conyugal (arts. 723 y 182 ter. del C.C.); los peculios<sup>39</sup> (arts. 428, 429 y 435 del C.C.);<sup>40</sup> y las donaciones antenupticiales que permiten ser de una fracción del patrimonio (arts. 221 y 224 del C.C.).

D. En cuanto a la transmisión del patrimonio por acto entre vivos, los detractores de la teoría clásica o del patrimonio-personalidad, han visto una excepción en la donación de todos los bienes (art. 2332 del C.C.), en la cesión de derechos alzadamente o en globo, y en la cesión del derecho a la herencia (arts. 2046 y 2047 del C.C.).

### C) TEORÍA DEL PATRIMONIO AFECTACIÓN, MODERNA U OBJETIVA

Como reacción a la teoría del patrimonio-personalidad, y como consecuencia de las críticas expuestas, diversos juristas<sup>41</sup> se dieron a la tarea de analizar cuál sería la verdadera naturaleza jurídica de esa masa de bienes y obligaciones que permite su transmisión a título universal como un todo; que permite la subrogación real de sus elementos, y que puede ser comprendido como objeto de garantía para los acreedores quirografarios.<sup>42</sup>

Para dar respuesta a dichas interrogantes consideraron que esos conjuntos de bienes y obligaciones deben su unidad, cohesión o vinculación, no por la pertenencia a una persona, sino a su finalidad o destino económico-jurídico al que se encuentran afectas en común, dando origen a lo que llamaron los patrimonios de afectación (*Zweckvermögen*).

Esta teoría afirma que la ley reconoce y regula ese destino o finalidad al que se encuentran afectos esos diferentes conjuntos de bienes y derechos, para lograr

---

<sup>39</sup> “La etimología indica lo que era originariamente el peculio, pues significaba pequeño rebaño o parte de un rebaño separado del rebaño principal”, vid. Fernando Vela, *Abreviatura de El Espíritu del Derecho Romano de R. Von Ihering*, 2ª ed., Revista de Occidente, Madrid, 1962, p. 102.

<sup>40</sup> El encabezado del art. 428 es bastante críptico: “Los bienes del hijo, mientras esté en la patria potestad, se dividen en dos clases:” (el subrayado es mío).

<sup>41</sup> En Francia: Raymond SALEILLES, Francois GÉNY, René DEMOGUE, Henri GAZIN, Plastara, CAZELLES y Olivier JALLU; en Italia: Fadda, Bensa, Ferrara, en Alemania: Windscheid, Brinz y Bekker.

<sup>42</sup> Cfr. Franz WIEACKER, *Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna*, trad. Francisco Fernández Jardón, Aguilar, Madrid, 1957, p. 416.



su protección, continuidad, resguardo, integridad o para garantizar a los acreedores quirografarios la satisfacción de sus créditos e incluso para regular la limitación de la responsabilidad del deudor.

Esta teoría considera que el patrimonio puede ser múltiple, ya que se constituye por diversos conjuntos de bienes, derechos y obligaciones agrupados autónomamente por su concreta finalidad reconocida por la ley.<sup>43</sup>

Las personas pueden tener varios patrimonios autónomos e independientes entre sí. Incluso la medida de responsabilidad del deudor puede limitarse a uno de los patrimonios autónomos.

Cada patrimonio es una masa autónoma enajenable incluso por acto *inter vivos*, así el artículo 419 del Bürgerliches Gesetzbuch<sup>44</sup> permitía la enajenación del patrimonio, ya que señalaba:

*Si alguien asume por contrato el patrimonio de otro, los acreedores de éste, sin perjuicio de la continuación de la responsabilidad del anterior deudor, pueden desde la conclusión del contrato hacer valer también contra el asumiente sus pretensiones existentes en este tiempo.*

*La responsabilidad del asumiente se limita al efectivo del patrimonio asumido y a las pretensiones que le corresponden por el contrato.*

*Si el asumiente alega la limitación de su responsabilidad, se aplican oportunamente las disposiciones existentes en los parágrafos 1.990 y 1.991 para la responsabilidad del heredero.*

*La responsabilidad del asumiente no puede ser limitada ni excluida por pacto entre él y el anterior deudor.*<sup>45</sup>

Los partidarios de esta teoría, también consideran a la cesión de derechos hereditarios (arts. 1289 y 2047 del C.C.), como ejemplo de enajenación *inter vi-*

---

<sup>43</sup> “Francisco Ferrara, señalaba que la existencia de un patrimonio autónomo y separado tiene lugar para perseguir determinados fines, cuyas normas particulares estarán dadas por el legislador en cada caso, que es en definitiva quien constituirá los límites y el marco normativo de esa separación.”, citado por Alvaro GAMIO y Santiago CASTELLÁN, “Límites a la creación voluntaria de patrimonios de afectación para la salvaguarda de bienes”, en *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, p. 150.

<sup>44</sup> Por sus siglas BGB.

<sup>45</sup> Ludwig ENNECERUS, Theodor KIPP y Martin WOLFF, *Tratado de Derecho Civil*, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, Apéndice, Código Civil Alemán (BGB), trad. de Carlos Melón Infante, p. 87. En una traducción libre: “Si una persona adquiere por contrato el patrimonio de otra, sus acreedores sin perjuicio de la responsabilidad del deudor anterior que continúa existiendo, pueden, a partir de la conclusión del contrato, invocar contra el cesionario los derechos existentes en la época de la cesión. La responsabilidad del cesionario se limita al monto del patrimonio cedido y a los derechos que resulten en virtud del contrato. Si él no invoca esta limitación, habrá lugar a aplicarle por analogía los artículos relativos a la responsabilidad de los herederos”.

vos del patrimonio. Y desde luego, el patrimonio de afectación también puede transmitirse *mortis causa*.

Derivado de lo anterior, es que una persona puede tener varios patrimonios y enajenarlos por acto *inter vivos*, en razón de que son masas autónomas reconocidas por el ordenamiento jurídico. Como ejemplo legislativo se acostumbra enunciar el antes transcrito artículo 419 del Código Civil Alemán (Bürgerliches Gesetzbuch), sin embargo, este artículo fue derogado.<sup>46</sup> Lo cual ha llevado a afirmar que este principio fue matizado en el derecho alemán.

La razón de ser de la teoría del patrimonio de afectación es explicar la existencia de masas de bienes o pequeños patrimonios que concurren en la misma persona y los llamados patrimonios sin sujeto.<sup>47</sup>

Uno de sus primeros exponentes fue el jurista Raymond Saleilles, pero propiamente se debe la elaboración de la teoría objetiva del patrimonio a las reflexiones elaboradas en sus respectivas tesis doctorales de Henri Gazin<sup>48</sup> y de Olivier Jallu,<sup>49</sup> quienes reconocen la existencia de patrimonios sin sujeto.

Ernst Immanuel Bekker<sup>50</sup> menciona que podemos encontrar dos tipos de patrimonio de afectación:

1. Los de tipo independientes, que son complejos patrimoniales, masas de bienes, destinados a un fin carentes de sujeto, como las fundaciones.<sup>51</sup>
2. Los de tipo dependientes, que son patrimonios dentro del patrimonio de una persona, destinados a un fin, dotados de autonomía por el ordenamiento jurídico, quien les otorga un régimen particular, y que son propiamente los patrimonios de afectación o de destino.

---

<sup>46</sup> Cfr. Código Civil Alemán y Ley de Introducción al Código Civil, trad. del Dr. Albert Larraza Marqués, Macial Pons, Madrid, 2008, p. 121.

<sup>47</sup> Como ejemplo de patrimonio sin sujeto, para el derecho italiano, tenemos el patrimonio de una sociedad que no tiene personalidad jurídica, cfr. Alberto TRABUCCHI, *Instituciones de Derecho Civil*, trad. de Luis Martínez-Calcerrada, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1967, tomo I, pp. 401-402.

<sup>48</sup> Henri GAZIN, en su tesis doctoral "*Essai critique de la notion de patrimoine dans la doctrine classique*", elaborada en 1910, afirmó que "*le patrimoine est un ensemble de biens dont l'affectation commune, imposée par la loi ou par la volonté humaine, fait un tout cohérent et plus ou moins autonome vis-à-vis de autres masses dont la destination n'est pas la même*", citado por Christine Lebel, en "*L'entreprise individuelle: Création, gestion, dissolution*", <http://books.google.com.mx/books> (10/04/2014).

<sup>49</sup> Olivier JALLU, en su tesis doctoral "*Essai critique sur l'idée de continuation de la personne, considérée comme principe des transmissions à titre universel*", 1902, ídem.

<sup>50</sup> Citado por Gonzalo FIGUEROA YÁÑEZ, *El patrimonio*, 2ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1997, p. 45.

<sup>51</sup> Las llamadas fundaciones o *stiftung* del sistema jurídico de Liechtenstein, establecidas en 1926, que serán tratadas en la segunda parte del presente estudio.

La teoría de los patrimonios de afectación, considera que el patrimonio puede ser múltiple, ya que se constituye por diversos conjuntos de bienes, derechos y obligaciones agrupados autónomamente por su destino económico-jurídico reconocido legalmente. Es por esta última característica que para algunos de sus exponentes su titular no se encuentra facultado para variar el destino de los mismos por conformar una unidad independiente una de otra.<sup>52</sup>

Alois von Brinz, consideró que existían dos clases de patrimonios: patrimonios de personas y patrimonios impersonales,<sup>53</sup> explica que el patrimonio no es una proyección de la personalidad, sino que consiste en una masa de bienes afectos a un fin protegido, un patrimonio sin sujeto.<sup>54</sup>

La circunstancia de que estos patrimonios no pertenezcan a una persona, no significa que no tengan derechos. Los derechos existen, pero no son de alguien, sino de algo (es decir, del patrimonio).<sup>55</sup>

Lo que llevó a la acuñación del nombre de objetiva para esta teoría, en la cual la persona del deudor, en cuanto a su identidad no interesa, sino lo que importa es un patrimonio solvente, por lo que incluso se llegó a afirmar que el sujeto de la obligación era el patrimonio y su titular tan sólo el administrador de él. Eugène Gaudemet afirmó “es el patrimonio quien debe al patrimonio”.<sup>56</sup>

En evolución de esta teoría objetiva o económica, surgió la contraria, algunos autores han reconocido incluso la existencia de masas de bienes pertenecientes a diversos titulares, originando la teoría del patrimonio colectivo, que explica los casos de comunidad de bienes y deudas en mano común.<sup>57</sup>

Como concepto para la teoría del patrimonio afectación, moderna u objetiva, podemos citar las elaboradas por Stutzin y Cruzat, para el primero el patrimonio

---

<sup>52</sup> Cfr. Ignacio GALINDO GARFIAS, *Derechos Reales y Sucesiones*, Editorial Porrúa, México, 2002, p. 4.

<sup>53</sup> José Manuel VILLAGORDOA LOZANO, *Doctrina General del Fideicomiso*, 3ª ed., Editorial Porrúa, México, 1998, p. 105.

<sup>54</sup> León DUGUIT, en su obra “*Las transformaciones generales del Derecho Privado desde el Código de Napoléon*”, afirmó “que una colectividad, asociación, corporación, fundación (...) todos los actos realizados con ese fin deben ser reconocidos y protegidos jurídicamente” y en su *Tratado de Derecho Constitucional*, “*En lo que solemos llamar el patrimonio de una persona no existe en realidad otra cosa que la afectación socialmente reconocida y protegida de una cierta cantidad de riqueza a un fin determinado*”

<sup>55</sup> Citado por Eduardo GARCÍA MAYNEZ, *Introducción al Estudio del Derecho*, 7ª ed., Editorial Porrúa, México, 1956, p. 282.

<sup>56</sup> Citado por Manuel BORJA SORIANO, *Teoría General de las Obligaciones*, 1ª ed., Librería de Porrúa Hnos. y Cía., México, 1939, p. 106.

<sup>57</sup> Cfr. Carlos ROGEL VIDE, *Derecho de Cosas*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1999, p. 22.

se puede definir como “*el conjunto de bienes patrimoniales afectos a una misma finalidad y gravados con la responsabilidad correlativa*” y para el segundo el patrimonio es “*el conjunto de bienes que, sometidos a un régimen o estado jurídico propio, están destinados al cumplimiento de una finalidad con cierto carácter de permanencia. Como consecuencia de su destinación solamente les afectarán las obligaciones contraídas para cumplir con dicha finalidad*”.<sup>58</sup>

Las características que comúnmente se le asignan a los patrimonios afectación, es que son universalidades jurídicas, enajenables y divisibles.

Es común para los partidarios de la teoría moderna citar como patrimonios de afectación los siguientes casos:

A. El beneficio de inventario, en la sucesión hereditaria o *mortis causa* (arts. 1678, 1284 y 2208 del C.C.), en la sucesión *inter vivos* o donación universal (arts. 2355 y 2368 del C.C.), en los cuales el causahabiente no responde con su patrimonio, sino con la masa de bienes que le ha sido transmitida.

B. El Patrimonio de Familia, el cual tiene su fundamento en los artículos 27, fracción VII, inciso G y 123 fracción XXVIII de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos<sup>59</sup> y en los artículos 723 al 746 del C.C.

Sin embargo, se ha criticado esta postura al considerar que el patrimonio de familia no es un patrimonio, ya que no contiene los elementos de activo y pasivo, únicamente está integrado por activo, ya que es inembargable (art. 727 del C.C.), por lo tanto no responde a los supuestos que originan la institución del patrimonio.

C. La sociedad conyugal, la cual tiene su regulación en los artículos 182 bis a 206 bis. del C.C. Este régimen patrimonial del matrimonio constituye un verdadero reto en cuanto a su análisis. En lo que concierne al tema que se trata, la sociedad conyugal es un conjunto de bienes y obligaciones afectos al sostenimiento de la familia matrimonial, es decir, tiene activo y pasivo (art. 189, en especial fracciones I a III, 190 y 204 del C.C.). Por lo que estamos en presencia de masas de bienes con reconocimiento legal y regímenes jurídicos diferenciados, los afectos a la sociedad conyugal (arts. 182 *bis*, 183 y 194 del C.C.) y la masa de bienes propios de cada cónyuge (arts. 182 *ter* y 182 *quintus* del C.C.).

---

<sup>58</sup> Godofredo STUTZIN LIPINSKI, en su memoria de prueba de grado “*Algunas consideraciones sobre la noción jurídica del patrimonio*” y Gastón CRUZAT PAUL, en su memoria de prueba de grado “*Patrimonio de afectación: la empresa individual de responsabilidad limitada*”, citados por Gonzalo FIGUEROA YÁÑEZ, *op cit*, p. 56, en el recurso <http://books.google.com.mx>.

<sup>59</sup> Su nombre completo es Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que reforma la de 5 de febrero de 1857, *vid.* Diario Oficial del lunes 5 de febrero de 1917. El término reforma en su denominación, fundamenta las opiniones de la teoría de la supervivencia constitucional, consúltese mi trabajo sobre el Control Difuso e Infuso de la Constitución (Hacia una teoría sobre la conducta constitucional).

D. El caso de los peculios,<sup>60</sup> el cual tiene su fundamento en los artículos 428 a 430 del C.C., el primero señala que los bienes del hijo, mientras esté en la patria potestad, se dividen en dos clases: los que adquiere por su trabajo y los que adquiere por cualquier otro título; y los otros dos artículos hacen pensar que cada uno de ellos constituye una masa diferenciada de bienes con un régimen particular cada una de ellas.

E. Los bienes del ausente (art. 697 y 708). En el caso de la ausencia (art. 669 del C.C.) y la presunción de muerte (art. 705 del C.C.), el regreso del ausente y la certeza de la muerte hacen recobrar sus bienes al ausente o al presunto muerto o a sus herederos (arts. 697, 708 y 717 del C.C.), de lo cual se desprende a *contrario sensu* que dichos bienes siempre formarán una masa separada de los propios de los poseedores provisionales o definitivos.

F. El fondo de comercio y la empresa, en los sistemas que los reconocen<sup>61</sup> como el italiano, en el que por el Decreto 6/2003 del 17 de enero de 2003, se faculta a ciertas sociedades mercantiles ser titulares de diversos patrimonios de destino; y paradójicamente el francés,<sup>62</sup> cuna de la teoría del patrimonio-personalidad, el cual por la ley número 2010-658 del 15 de junio de 2010, permite a las personas físicas ser titulares de patrimonios de afectación, a través de la figura del “*Entrepreneur individuel à responsabilité limitée EIRL*”.

En nuestro derecho tenemos algunas disposiciones que parecen considerar como una masa autónoma con un régimen jurídico propio a la empresa o al fondo mercantil, así las tímidas menciones a giros; negociaciones; unidades o empresas agrícolas, industriales y comerciales en el Código Civil para el Distrito Federal, en los artículos 723, 750 fracción VI, 1772, 3011, o en leyes mercantiles artículos 66 y 67 de la Ley de Instituciones de Crédito; artículos 50 y 87 G de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito; 52 y 56 de la Ley de Uniones de Crédito.

El artículo 129 de la derogada Ley de Navegación y Comercio Marítimos, reconocía a la empresa marítima como una masa de bienes y obligaciones autónoma.

G. Los bienes del concursado o del quebrado (arts. 2966 del C.C, 4 fracción V, 43, 91 y 211 de la Ley de Concursos Mercantiles).

---

<sup>60</sup> Este artículo tiene su antecedente en las cuatro especies en que las leyes de Partidas dividían los bienes de los hijos que llamaba peculios castrense, cuasi castrense, adventicio y profecticio, *cfr.* Manuel MATEOS ALARCÓN, *Estudios sobre el Código Civil del Distrito Federal*, edición facsimilar, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2004, Tomo I, Tratado de Personas, pp. 279-280.

<sup>61</sup> Como el español, portugués, holandés, chileno etc., los cuales serán tratados en la segunda parte de este estudio.

<sup>62</sup> La Ley No. 85-697 reguló la figura de empresa individual de responsabilidad limitada.

#### D) CRÍTICA A LA TEORÍA DEL PATRIMONIO AFECTACIÓN, MODERNA U OBJETIVA

Contra esta teoría se ha indicado que en su afán de explicar las excepciones que diversos ordenamientos jurídicos tienen a los principios expuestos por la teoría del patrimonio-personalidad, ha incurrido en un exceso al despersonalizar la relación jurídica. La persona como presupuesto del sistema jurídico debe ser la titular del patrimonio, en efecto, todo patrimonio debe tener un titular. Los posibles casos de patrimonios sin sujeto, son regímenes transitorios, regulados por el derecho en orden la conservación de los bienes y en protección de los acreedores del que fue su titular.

Asimismo, los supuestos de masas de bienes autónomas reconocidas con un régimen propio por el ordenamiento jurídico, son consecuencia de la protección de un determinado interés que se considera como digno de ser tutelado, sin que este fenómeno implique una división en la personalidad del sujeto de derecho. Por lo que se ha afirmado que un patrimonio puede estar compuesto por grupos de bienes y obligaciones que conforman verdaderas entidades reconocidas por el ordenamiento jurídico en orden a su autonomía e independencia cuya unidad deriva de la pertenencia a una persona.<sup>63</sup>

La mayoría de los casos enumerados por la teoría objetiva como de patrimonio afectación, no son tales, ya que no se trata de conjuntos integrados por activo y pasivo, sino únicamente de activo, por lo que esta teoría ya no explicaría los fenómenos comentados como planteamiento de la problemática.

En consecuencia se afirma que las críticas realizadas a la teoría del patrimonio-personalidad no son nugatorias de la misma. Como primer argumento se dice que Aubry y Rau, en su definición de patrimonio, hablan de bienes y obligaciones susceptibles de apreciación pecuniaria y que el mismo implica un poder de adquisición de los mismos. En este aspecto, no hay confusión con la capacidad jurídica, ya que ésta se refiere a la adquisición de derechos patrimoniales y extrapatrimoniales (pecuniarios y no pecuniarios), mientras que el patrimonio únicamente está conformado por bienes valubles en dinero. Es muy claro que la Escuela de la Exégesis ha distinguido pulcramente entre el régimen jurídico de los derechos pecuniarios y el de los derechos no pecuniarios llamados derechos de la personalidad.

El Código Civil considera como derechos patrimoniales todos aquellos enumerados en los originales ocho títulos de su libro segundo, a saber, las cosas y los derechos reales y personales (títulos primero y segundo), la posesión sobre cosas

---

<sup>63</sup> Cfr. Giuseppe BRANCA, *Instituciones de Derecho Privado*, trad. de Pablo Macedo, Editorial Porrúa, México, 1978, pp. 163-164.

y derechos (título tercero), la propiedad y los derechos reales sobre cosa ajena (títulos cuarto, quinto y sexto), la prescripción (título séptimo) y los derechos de autor (título octavo); en su libro cuarto, primera y segunda parte regula los derechos personales (obligaciones y contratos). Regula su transmisión *mortis causa* en su libro tercero; y la responsabilidad patrimonial del deudor en la tercera parte del libro cuarto.

Los derechos de familia puros y los derechos de la personalidad tienen un régimen distinto a los anteriores,<sup>64</sup> como se desprende de su regulación en el libro primero del Código Civil y la descodificación de los segundos en leyes especiales como la Ley de Responsabilidad Civil para la Protección del Derecho a la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen en el Distrito Federal; la Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal, o la Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal.

Conforme a esta lógica resulta claro que es de la esencia del patrimonio su pecuniaridad. Por lo que aquellos autores que consideran que el patrimonio está integrado por elementos pecuniarios y extrapecuniarios, están confundiendo al patrimonio con los demás atributos de la personalidad (nombre, nacionalidad, domicilio, capacidad, estado civil y político); así al afirmar que el patrimonio comprende el derecho al honor, se está confundiendo con la regulación del atributo nombre, que implica no sólo la identidad de la persona en cuanto su apelativo o designación, si no la consideración que el mismo atribuye a la persona ante la sociedad.

Por otra parte, en cuanto al argumento de masas de bienes autónomos, como en el beneficio de inventario, no significa que el heredero tenga dos patrimonios o que estén separados, sino únicamente lo que regula es la responsabilidad patrimonial de los causahabientes a título universal, tanto en el caso de los herederos (art. 1284 y 1678 del C.C.), como en el caso de la llamada donación universal (art. 2355 del C.C.). Regulación que el Código también efectúa en relación a la responsabilidad patrimonial de los causahabientes a título particular, como en el propio caso de la donación (art. 2354 del C.C.) o de los legatarios (art. 1285 del C.C.).

La identificación de los bienes y obligaciones que provienen del causante, sea el *de cuis* o el donante (aplicable al ausente o al presunto muerto) no implica su separación en dos masas de bienes en el patrimonio del causahabiente. La realización del inventario en el procedimiento sucesorio no tiene por objeto la constitución o constatación de la existencia de un patrimonio diverso al propio del heredero, sino simplemente su identificación con fines de liquidación del pa-

---

<sup>64</sup> Cfr. Sara MONTERO DUHALT, *Derecho de Familia*, 5ª ed., Editorial Porrúa, México, 1992, p. 32.

sivo, en protección de los acreedores del causante (arts. 1753 y 1761 del C.C.), y de los acreedores de los causahabientes.

Muy por el contrario el Código Civil para el Distrito Federal, sigue a pie juntillas la doctrina clásica del patrimonio y en particular sobre este tema considera que la transmisión del patrimonio por causa de muerte, opera mediante la adquisición del derecho sobre la herencia con efecto automático e inmediato al fallecimiento del titular (art. 1288 del C.C.) lo que se logra a través del efecto *ex tunc* (retroactivo) de la aceptación de la herencia (arts. 1660 y 1704 del C.C.).

En relación a las aparentes excepciones a la intransmisibilidad del patrimonio por acto *inter vivos*, no son tales en razón de la nulidad establecida en el art. 2347 del C.C. respecto de la denominada donación universal y en el caso de la cesión en globo, únicamente tiene por objeto derechos (bienes), es decir de los elementos activos y no de los elementos del pasivo del patrimonio en su totalidad, ya que como se ha expuesto el patrimonio está integrado por elementos activos y pasivos, por lo que la sola transmisión de los derechos que conforman el activo no es transmisión del patrimonio.

Por lo que se refiere a la cesión del derecho a la herencia, téngase por señaladas las consideraciones realizadas anteriormente sobre la herencia.

También se criticó el principio de que sólo las personas tienen patrimonio. Y se creyó encontrar una excepción a este principio en los patrimonios autónomos, los llamados patrimonios sin titular, como en la herencia yacente y en las fundaciones. Pero como ya se mencionó, la *hereditas iacens* no existe en nuestro derecho por aplicación del principio de retroactividad de la aceptación de la herencia (arts. 1660 y 1288 del C.C.) y respecto de las fundaciones (masas autónomas de bienes destinadas a un fin asistencial), tampoco son una excepción, ya que por una ficción legal se considera que la fundación existe como persona moral al momento de la afectación de los bienes (art. 11 Ley de Instituciones de Asistencia Privada para el Distrito Federal).

Los defensores de la teoría clásica o del patrimonio-personalidad, mencionan que en algunos casos el propio derecho alemán y suizo han abandonado los supuestos de transmisión del patrimonio por acto *inter vivos*, por lo que dichos ordenamientos representativos de la teoría objetiva se han subjetivado.

Marcel Planiol y Georges Ripert, en su Tratado Elemental de Derecho Civil, cuyos primeros tres tomos fueron publicados en 1899, definieron al patrimonio como “*el conjunto de derechos y de obligaciones pertenecientes a una persona apreciables en dinero*”,<sup>65</sup> siguiendo la doctrina del patrimonio-personalidad. Posteriormente, en su Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, en esta materia con

---

<sup>65</sup> Marcel PLANIOL y Georges RIPERT, *Tratado Elemental de Derecho Civil*, trad. del Lic. José M. Cajica Jr., Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1983, p.13.



la colaboración de Maurice Picard, cuyos primeros tomos se comenzaron a publicar en 1925, tomando en cuenta las críticas que se habían efectuado a la concepción clásica del patrimonio, lo definieron como “*el conjunto de derechos y de las obligaciones de una persona apreciables en dinero, considerados como formando una universalidad de derecho*”, adoptando en consecuencia una postura ecléctica al sostener que la teoría del patrimonio afectación era perfectamente conciliable con las concepciones tradicionales del derecho francés afirmaron que: “*es hacia esa idea que nuestro derecho se orienta y debe orientarse, y el intérprete puede encontrar en ellas preciosas indicaciones*”.<sup>66</sup>

¿Qué teoría del patrimonio siguió el Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en materia común, y para toda la República en materia federal de 1928? La exposición de motivos nada indica al respecto. Por la tabla de concordancias sabemos que se analizaron, entre otros, el Código Civil Alemán y Suizo, así como las ideas de Duguit, Demogue y Saleilles, pero dicha exposición de motivos no indica nada en relación a la postura que se adoptó sobre la naturaleza del patrimonio. Antes bien, el jurista don Ignacio García Téllez indica que “*el Código adolece de ciertas incoherencias ideológicas. En algunas disposiciones nos parece retrasado, por haberse conservado doctrinas que debieron desecharse*”.<sup>67</sup> Tal vez, el debate que suscitó que en el proyecto apareciera regulado el patrimonio de familia en el libro segundo “De los bienes”, puede hacer pensar que se optó por una postura ecléctica como la de Planiol comentada líneas arriba en relación al patrimonio; pero el consenso entre los estudiosos del Código Civil, es que en esta materia se siguió la teoría del patrimonio-personalidad.

## E) TEORÍAS NEGATIVAS

Ante la confusión producto de las críticas dirigidas contra la teoría clásica y contra la teoría moderna o del patrimonio afectación y el probable exceso de la teoría objetivista, llevó a algunos juristas a afirmar que el patrimonio no existe como institución o categoría jurídica, puesto que no se encuentra reconocido como tal en el ordenamiento jurídico,<sup>68</sup> sino que se trata de una mera elaboración doctrinaria innecesaria y sin fundamento legal.<sup>69</sup>

---

<sup>66</sup> Marcel Planiol y Georges Ripert, *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*, trad. de Mario Díaz Cruz, Cultural, Habana, 1946, edición facsimilar del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, tomo 3º “Los Bienes”, con el concurso de Maurice Picard, p. 23.

<sup>67</sup> Ignacio GARCÍA TÉLLEZ, *Motivos, Colaboración y Concordancias del Nuevo Código Civil Mexicano*, s. ed., México, 1932.

<sup>68</sup> Cfr. José ARCE Y CERVANTES, *De los Bienes*, Editorial Porrúa, México, 1990, p. 25.

<sup>69</sup> Ernesto GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ afirma que la teoría del patrimonio habrá de desaparecer y que nunca se incorporará en la legislación, *vid. El Patrimonio Pecuniario y Moral o Derechos de*

El jurista Leopoldo Aguilar Carvajal, en nuestro ámbito, es partidario de prescindir de la teoría del patrimonio, al respecto opina:

8. Conclusión. De los antecedentes ya analizados, podemos deducir una opinión: la teoría del patrimonio elaborada por los juristas, cualquiera que sea, es una abstracción lógica innecesaria; por esta razón, Geny ha tomado este ejemplo para demostrar el uso de abstracciones lógicas y en la técnica jurídica. En efecto, todos están de acuerdo en que la teoría del patrimonio se ha elaborado en beneficio del acreedor quirografario, a fin de evitar que sean burlados sus derechos en el caso de transmisiones a título universal del patrimonio, puesto que las enajenaciones a título particular tienen otras defensas: acción de simulación, acción Pauliana, etc.

Pues bien, la finalidad perseguida se obtiene con mayor facilidad con una simple disposición legislativa, que dispusiera que, cuando hay una transmisión a título universal del patrimonio, ya sea como universalidad o como conjunto de bienes activos, por ministerio de la ley y aún en contra de la voluntad de los interesados, se transmitieran también las deudas garantizadas con esos elementos activos. En casi todos los derechos existen ya estas disposiciones, y por lo que hace al Derecho mexicano, los artículos 2964, 1284, 1286, 1678, 2355 y algunos más, disponen que el acreedor quirografario está garantizado con todo el patrimonio del deudor, y que si éste lo transmite, siguen los créditos indisolublemente unidos al activo, para los efectos del pago. Por tanto, se ha realizado el deseo expresado por la doctrina.<sup>70</sup>

Se afirma que no hace falta regular el patrimonio como una categoría independiente. El sistema jurídico se limita a proteger los intereses que reconoce como legítimos. Es así que protege a los acreedores a fin de que sus créditos sean pagados a través de la herencia, para el caso de fallecimiento del deudor; a través del concurso, para el caso de insolvencia del deudor; a través de la llamada prenda general tácita, de la acción pauliana y de las acciones subrogatorias u oblicuas para los acreedores quirografarios; la transmisión de los derechos reales y personales de que era titular el difunto, a través de la herencia.

Conforme a lo expuesto, el patrimonio como institución no se encuentra sistematizado en nuestro Código Civil, los efectos de las instituciones para las que nació esta figura, la llamada prenda general tácita, la subrogación real y la transmisión hereditaria a título universal, tienen su propia regulación en sendos libros y títulos del Código Civil, por lo que la utilidad del concepto de patrimonio se ha puesto en entredicho.

En efecto, para estos juristas no existe motivo alguno para estudiar este concepto, ya que no tiene un régimen jurídico propio del que se desprendan reglas

---

*la Personalidad y Derecho Sucesorio*, 2ª ed., Editorial Cajica, Puebla, 1982, p. 45.

<sup>70</sup> Leopoldo AGUILAR CARVAJAL, *Segundo Curso de Derecho Civil, Bienes, Derechos Reales y Sucesiones*, Editorial Jurídica Mexicana, México, 1960, pp. 31-32.

comunes que se apliquen a regular las instituciones que históricamente condicionaron su nacimiento, la responsabilidad del deudor frente a sus acreedores, la subrogación real y la transmisión hereditaria.

La más novedosa doctrina que estudia la materia de bienes, prescinde de este concepto por considerarlo innecesario. Cuando el Código Civil menciona el término patrimonio lo hace siempre utilizándolo como sinónimo de bienes y en ocasiones como masa de bienes, es decir técnicamente como universalidades.

## V. ELEMENTOS DEL PATRIMONIO

El patrimonio está constituido por dos elementos: activo y pasivo. El activo está formado por cosas, créditos y derechos.<sup>71</sup> El pasivo está conformado por las cargas, deudas, obligaciones y deberes. Si el activo es superior al pasivo nos encontramos con un haber patrimonial. Hay solvencia cuando el activo es igual al pasivo (art. 2166 *a contrario sensu* del C.C.). Por el contrario, si el pasivo es superior al activo nos encontramos con un déficit patrimonial, o insolvencia (art. 2166 del C.C.).

En el lenguaje común se utiliza el término patrimonio como sinónimo de solvencia, es decir, para hacer referencia exclusivamente al activo. Esta situación tiene su reconocimiento legal y doctrinal en el llamado patrimonio neto. En efecto en el derecho romano tenemos el principio *bona non intelliguntur nisi deductio aere alieno*, el cual fue acuñado para caracterizar la posibilidad económica o factibilidad de solvencia del deudor, teniendo como fundamento que lo realmente importante es saber el valor de los bienes de los cuales es titular una persona, qué activo queda deducido el pasivo. En otras concepciones jurídicas, se indica que el patrimonio únicamente está compuesto por el activo,<sup>72</sup> así para Ludwig Enneccerus, Theodor Kipp y Martin Wolff, el patrimonio es el conjunto de los derechos que sirven para la satisfacción de las necesidades de una persona.<sup>73</sup>

El Código Civil Argentino en su artículo 2312 señala que el conjunto de bienes de una persona constituye su patrimonio y en la nota al mismo se afirma que:

---

<sup>71</sup> Cosas y derechos, enunciadas en su terminología técnica jurídica como especies del género bien (corpóreo e incorpóreo).

<sup>72</sup> Karl LARENZ afirma que sólo los derechos, no las obligaciones de una persona forman su patrimonio a efectos del concepto de patrimonio jurídico-privado, *vid. Derecho Civil, parte general*, trad. de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea, 3ª. ed., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978, p. 407.

<sup>73</sup> LUDWIG ENNECCERUS, Theodor KIPP y Martin WOLFF, *Tratado de Derecho Civil*, Tomo I, Volumen 1º, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, p. 591.

el patrimonio de una persona es la universalidad jurídica de sus derechos reales y de sus derechos personales, bajo la relación de un valor pecuniario, es decir, como bienes.<sup>74</sup>

## VI. CLASIFICACIÓN

Una popular elaboración doctrinaria de Julien Bonnecase, utilizada por la mayoría de los doctrinarios en materia de obligaciones y contratos —a pesar de ir en contra del principio de unicidad de la teoría clásica o del patrimonio-personalidad—, distingue tres clases de patrimonio: el patrimonio de derecho común, el patrimonio de explotación y el patrimonio en liquidación.

El punto de vista de esta distinción está fundamentado en su teoría económica, toma como punto de partida la determinada finalidad a la que se encuentran afectos un conjunto de bienes, que al ser reconocido por la ley les atribuye un régimen jurídico privativo y especial.

A. Patrimonio de derecho común. En esta concepción, es aquel conjunto de bienes estables que conforman el activo. La permanencia y conservación de sus elementos es el punto definitorio de esta clase de patrimonio.

B. El patrimonio de explotación. *“Es patrimonio de especulación un conjunto de bienes considerados en su valor más bien que en su individualidad, y esencialmente destinados, bajo el imperio de la noción de circulación de las riquezas, a ser reemplazados por otros considerados eventualmente como más ventajosos.”*<sup>75</sup>

Es el conjunto de bienes y obligaciones que constituyen una unidad económica base de una empresa. *V.gr.* el patrimonio de una sociedad mercantil. Dicho conjunto de bienes y obligaciones están destinados a una determinada explotación. Su finalidad, es servir de instrumentos para la producción, es lo que constituye su esencia. De aquí que el ejemplo clásico de este patrimonio sea el del comerciante.

Sin embargo, tenemos que precisar que esta clasificación o denominación de patrimonio de explotación no tiene un fundamento legal. El comerciante, al igual que cualquier persona responde con todo su patrimonio (art. 2 y 1395 del Código de Comercio y art. 2964 del C.C.).

C. El patrimonio en liquidación. Es aquel que *“consiste en un conjunto de bienes destinados a ser enajenados con el fin, generalmente, de desinteresar a*

---

<sup>74</sup> Código Civil de la República Argentina, Editorial San Isidro Labrador, Buenos Aires, 1999, p. 321.

<sup>75</sup> Manuel BORJA SORIANO, *Teoría General de las Obligaciones*, 8ª ed., Editorial Porrúa, México, 1982, pp. 259-263

*los acreedores de ese patrimonio*”.<sup>76</sup> Tiene por finalidad hacer neto el contenido del patrimonio a una determinada fecha. Pagar el pasivo y hacer líquido el activo. Obtener un saldo en numerario, el cual puede ser positivo o negativo, así es como se ha descrito el acto de liquidar un patrimonio.

Esta clasificación del patrimonio tiene relevancia en materia de obligaciones y contratos ya que determina el concepto de acto de dominio sobre los elementos de dichas clases de patrimonio. Por tal motivo dicha clasificación incide en la clase de facultades que requiere un representante para efectuar la disposición de los bienes de su representado. Así se menciona que en el patrimonio de derecho común para enajenar bienes se requieren facultades para actos de dominio; que en el patrimonio de explotación basta para enajenar los bienes facultades para actos de administración y que en el patrimonio en liquidación las facultades del representante son propiamente de enajenación, es decir, su actuación consiste precisamente en el acto dispositivo, por lo cual la distinción entre facultades de administración y de dominio no tiene cabida.

La crítica a esta clasificación del patrimonio, es que está elaborada partiendo de los postulados de la teoría moderna, a pesar de que el Código Civil sigue la teoría del patrimonio-personalidad, por lo que en consecuencia no es consistente en su fundamento legal, ya que la misma está elaborada en base a la concreta finalidad de cada patrimonio.

Un atento análisis de esta clasificación, revela que no es posible definir el patrimonio de derecho común. Ya que todos los conceptos para intentar explicar en qué consiste son negativos; en efecto, se dice que el patrimonio de derecho común es aquél que no es de explotación ni está en liquidación. Al ser el punto de partida de esta clasificación únicamente analizar cuáles son las facultades que requiere un representante para enajenar bienes, para liquidar el pasivo en caso de concurso o herencia, o en qué consistente las facultades de administración en relación a dichos actos,<sup>77</sup> ha cambiado el punto de equilibrio del análisis del concepto de patrimonio.

Por lo anterior, considero un error clasificar al patrimonio en estos tres tipos, ya que puede originar la confusión de que el Código Civil vigente reconoce la existencia de patrimonios separados, los cuales tendrían un régimen jurídico particular, exclusivo y excluyente entre ellos.

---

<sup>76</sup> Manuel BORJA SORIANO, *op. cit.*, p. 263.

<sup>77</sup> Ramón SÁNCHEZ MEDAL, *De los Contratos Civiles*, 10ª ed., Editorial Porrúa, México, 1989, p. 317.

## VII. EFECTOS DEL PATRIMONIO

A. El patrimonio se manifiesta en que constituye la llamada prenda general tácita de los acreedores quirografarios (art. 2964 del C.C.), es decir la responsabilidad patrimonial del deudor con todos sus bienes, excepto los que son inalienables o inembargables (art. 544 del C.P.C.).

B. La subrogación real. El deudor, como se ha mencionado, responde con el activo existente al momento de exigirse el cumplimiento de la obligación y no con el activo existente al tiempo de contraerse la obligación; en consecuencia, el acreedor quirografario antes del embargo no goza del *ius persecuendi* ni del *ius preferendi* (arts. 536 y 541 III del C.P.C.). Esto tiene su fundamento en la subrogación real, los elementos del patrimonio son cambiantes, fungibles entre sí -pero el patrimonio es único, abstracto e intangible-, en el sentido de que el lugar ocupado por el bien enajenado a título oneroso por su titular, es ocupado por la contraprestación, sea en dinero o en especie (arts. 707, 708, 1043 y 2910 del C.C.)<sup>78</sup>. Una aparente excepción a la subrogación real, que parece atribuir un derecho de persecución son los llamados acreedores preferentes sobre determinados bienes concursales a que se refiere el artículo 2993 del C.C.; sin embargo la misma no es tal, ya que no atribuye una acción persecutoria sobre dichos bienes, sino únicamente el derecho de ser pagados con el valor de los mismos, si todavía se encuentran en el patrimonio del deudor al momento de la sentencia concursal.

C. La transmisión a título universal del patrimonio *mortis causa* (art. 1281 del C.C.). Por el fallecimiento de la persona, sus bienes no quedan vacantes, mostrencos, ni se convierten en *res nullius*. Tampoco por ese hecho se extinguen las obligaciones quedando impagados los acreedores.

Por la herencia se transmiten todos los bienes, derechos y obligaciones, en su conjunto, formando una unidad. Salvo aquéllos que se extinguen con la muerte por ser personalísimos.

Dicha transmisión es de todo el patrimonio, opera por mero efecto de la ley, *ope iure* (arts. 1281, 1284, 1288, 1649, 1660, 1668, 1753, 1763, 1768 y 1779).

## VIII. UNIVERSALIDAD JURÍDICA Y DE HECHO

De la definición del patrimonio se desprende que su naturaleza jurídica es la de ser una universalidad jurídica.

---

<sup>78</sup> Se debe a la escuela de los glosadores la frase “*In judiciis universalibus, pretium succedit loco rei, et res loco pretii; in judiciis singularibus, pretium non succedit loco rei, nec res loco pretii*”.

¿Pero qué es una universalidad jurídica? ¿Serán sinónimos universalidad jurídica y patrimonio?

La terminología se debe a la clasificación de las cosas elaboradas por el jurisconsulto Pomponio, quien consideraba que existían tres clases de cuerpos, uno que constituye una unidad singular, como un esclavo; otro que consta de cosas unidas, como un edificio; y aquel que consta de cosas sueltas aglutinadas en un mismo nombre, como la legión.<sup>79</sup>

En la baja Edad Media, los glosadores, basándose en dicha clasificación distinguieron dos clases de *universitatis*. Una la *universitas facti*, compuesta por los *corpora ex distantibus*, como un rebaño. Y otra la *universitas iuris*, compuesta por cosas materiales y derechos, como la herencia.<sup>80</sup>

Por universalidad se entiende la unidad de lo múltiple, un conjunto de bienes que conforman o integran un todo. Joaquín Martínez Alfaro, considera que:

Son cosas universales aquellas que están constituidas por una agrupación de cosas singulares que, sin aparecer materialmente unidas, se les designa con una sola denominación colectiva y son consideradas como un todo unitario.<sup>81</sup>

---

<sup>79</sup> Cfr. D. 41, 3, 30 pr. Sin embargo, Rodolfo SOHM, opina “No tienen verdadera consideración de cosas, por consiguiente, las llamadas por los romanos “*universitates rerum distantium*”, “*universalidades discretas*” o sumas de cosas, como, por ejemplo, un rebaño, una biblioteca, o las “*existencias*” de un comercio. En estos casos, la propiedad, v. gr., no recae sobre la biblioteca, sobre el rebaño en conjunto, sino sobre cada uno de los libros o cabezas de ganado, si la biblioteca o el rebaño se pignoran, el gravamen afecta individualmente a cada libro o a cada animal que formasen parte de ellos en el momento de la pignoración, aunque esta diversidad de objetos se compendie bajo un solo nombre. Por tanto, los libros o animales que dejen de pertenecer a la biblioteca o rebaño seguirán sujetos a aquel gravamen, mientras que, por el contrario los ingresados posteriormente son ajenos a él. Tampoco puede constituirse un usufructo ni un derecho pignoraticio sobre la *universitas*, como tal unidad. Por consiguiente, quien reivindique una biblioteca –siguiendo con nuestro ejemplo– deberá probar la propiedad de cada libro, reconociéndosele tan sólo la de aquellos que demuestre pertenecerle; no basta justificar la pertenencia de la mayoría. Un proceso reivindicatorio entablado sobre una biblioteca equivaldría, pues, simplemente, a una acumulación de procesos sobre los diversos libros que la componen.”, vid. sus *Instituciones de Derecho Privado Romano*, trad. de Wenceslao Roces, Gráfica Panamericana, México, 1951, pp. 139-140.

<sup>80</sup> UOC La universidad virtual, *Derecho Patrimonial Romano I*, e-book, pos. 157-158

<sup>81</sup> “El Concepto de la Universalidad”, en *Estudios Jurídicos que en Homenaje a Antonio Ibarrola Aznar presenta el Colegio de Profesores de Derecho Civil de la Universidad Nacional Autónoma de México*, Filiberto Cárdenas Uribe/Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1996, p. 252.

Las universalidades son de dos tipos: *universitas iuris* y *universitas facti*.<sup>82</sup>

A. *Universitas iuris*. La universalidad jurídica o de derecho se define como el conjunto heterogéneo de bienes y obligaciones (activo y pasivo), que conforman una unidad por disposición legal.

Sus notas distintivas es que se trata de una masa integrada por activo y pasivo,<sup>83</sup> a la cual se le aplica un régimen jurídico reconocido en la ley, en la cual el activo responde exclusivamente del correlativo pasivo. Es abstracta, su existencia es ideal y se compone por la serie de bienes y obligaciones que se van incorporando a él, por efecto de la subrogación real. Tiene su origen en la ley, la *universitas iuris* no puede traer su origen en la voluntad de la persona. La persona en ejercicio de la autonomía de la voluntad no puede crear universalidades jurídicas.<sup>84</sup>

Como ejemplos de *universitas iuris* los autores suelen citar al patrimonio, a la empresa, al fondo mercantil, a la sociedad conyugal, a la herencia y a otros casos que concuerdan con los llamados patrimonios de afectación o de destino. Es decir, que para la teoría clásica o del patrimonio-personalidad el único caso de universalidad jurídica o de derecho es el patrimonio,<sup>85</sup> y para los estudiosos de las *universitas* los casos de universalidades de derecho son aquellos que los partidarios de la teoría moderna u objetiva, identifican como supuestos de patrimonios afectación o de destino.<sup>86</sup>

El Ministro Rafael Rojina Villegas señala que “*el conjunto de bienes, derechos, obligaciones y cargas de una persona apreciables en dinero, constituye una universalidad jurídica. La cual integra el patrimonio*”, es decir, para este jurista la única universalidad jurídica posible es el patrimonio.<sup>87</sup>

---

<sup>82</sup> La terminología se debe a la clasificación de las cosas elaboradas por el jurisconsulto Pomponio, quien consideraba que existían tres clases de cuerpos, uno que constituye una unidad singular, como un esclavo; otro que consta de cosas unidas, como un edificio; y aquel que consta de cosas sueltas aglutinadas en un mismo nombre, como la legión.

<sup>83</sup> Jean CARBONNIER, *Derecho Civil*, trad. de Manuel Ma. Zorrilla Ruiz, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1960, Tomo II, Vol. I, Situaciones Jurídico-Reales, pp. 130-132.

<sup>84</sup> Para algunos estudiosos la *universitas iuris* sí puede tener su fuente en la voluntad. Pueden formarse por la mera manifestación de voluntad de su titular.

<sup>85</sup> Así lo afirmaron AUBRY y RAU, *cfr.* Henri y Leon MAZEUD, Jean MAZEAUD, *Lecciones de Derecho Civil*, trad. de Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1976, Parte primera, Volumen I, Introducción al estudio del Derecho Privado, Derecho Objetivo y Derechos Subjetivos, p. 451.

<sup>86</sup> Salvador FORNIELES, niega al patrimonio el carácter de *universitas iuris*, *cfr.* Ariel Angel Dasso, *op. cit.*, p. 3.

<sup>87</sup> Rafael ROJINA VILLEGAS, *Derecho Civil Mexicano*, 4ª ed., Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1969, Tomo Tercero Bienes y Derechos Reales, Volumen I, p. 12



Para algunos autores como Tomás Salcedo, la finalidad del patrimonio es únicamente la de servir de fundamento de la responsabilidad del deudor frente a sus acreedores, es la garantía de los acreedores,<sup>88</sup> por lo que el patrimonio sería un concepto estático, mientras que la universalidad de derecho sería dinámica.

Al ser reconocida esta pluralidad de derechos y obligaciones como un conjunto, son susceptibles de enajenarse como un todo.

B. *Universitas facti*. La universalidad de hecho,<sup>89</sup> en una primera concepción es una agrupación de cosas singulares, que sin estar materialmente unidas, se les identifica con una misma denominación, v.gr. un rebaño, una vajilla, una biblioteca, el menaje de casa, etc. Su tratamiento jurídico tiene como punto de partida que dicho conjunto es de cosas homogéneas o de bienes y derechos, es decir, son conformativas exclusivamente del activo. Tiene una existencia concreta y puede tener su origen en la ley o en la voluntad de la persona. La ley cuando reconoce a las universalidades de hecho, lo hace para regular la subrogación real en dicho conjunto de cosas (arts. 761 y 1013 del C.C.). La adquisición de una universalidad de hecho, que sólo comprende bienes y derechos, nunca obligaciones, puede realizarse como un todo,<sup>90</sup> sin necesidad de especificarse el número o contenido, v.gr. la venta por acervo o a precio alzado.<sup>91</sup>

Conforme a lo expuesto, el concepto de universalidad es el género. El cual tiene dos especies, la *universitas iuris* y la *universitas facti*. Su común denominador es que son pluralidades de cosas que se consideran formando una agrupación, lo que origina que tengan un mismo tratamiento. Las primeras están sujetas a un mismo régimen legal, el cual tiene como finalidad que el activo responda del correspondiente pasivo (activo y pasivo se encuentran en una relación de interdependencia, el pasivo se deriva precisamente de la gestión de dicho activo y éste se encuentra afecto al pago de aquél, desde luego de esa exclusiva universalidad y no de otra)<sup>92</sup>; y las segundas se identifican bajo un mismo nombre, lo que permite su tratamiento como objeto individual en una relación jurídica.

---

<sup>88</sup> Cfr. su estudio *Las Universitatis como posible objeto de derecho*.

<sup>89</sup> Ariel ANGEL DASSO, señala que el enfoque moderno del concepto de la universalidad de hecho se debe a Robert Gary en su *Essai sur les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit dans leur état actuel*, tesis, Bordeaux, 1931, op. cit., p. 5.

<sup>90</sup> Un supuesto de solución nada pacífica es el caso del heredero testamentario del usufructo. Para algunos autores se trata de un caso en el cual se autoriza legalmente que de una *universitas iuris* se transforme una parte en *universitas facti*, la cual estaría conformada por el usufructo.

<sup>91</sup> Ramón SÁNCHEZ MEDAL, *De los Contratos Civiles*, 21ª ed., Editorial Porrúa, México, 2005, p.160.

<sup>92</sup> Cfr. Jean CARBONNIER, op. cit., pp. 130-132.

## IX. CONCEPTO

Puedo definir al patrimonio como un conjunto de universalidades jurídicas del que es titular una persona.

A. La persona es la única que puede ser titular de un patrimonio. En el ordenamiento jurídico mexicano sólo pueden ser sujeto de derecho las personas, sean éstas físicas o morales (art. 22 y 25 del C.C.), quienes tienen la posibilidad jurídica de ser titulares de derechos y obligaciones. Dentro de la cual se encuentra la de ser titular de un patrimonio.

En nuestro sistema jurídico no pueden existir universalidades jurídicas sin sujeto titular, no existen los llamados patrimonios sin sujeto, ni las *res nullius* (arts. 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 764, 774, 781, 787 del Código Civil), nunca un bien es sujeto de derecho, siempre es objeto de derecho (art. 1824 fracción I del C.C.).

La persona no tiene un derecho de propiedad sobre su patrimonio, es titular del mismo. La propiedad en cuanto derecho real únicamente puede tener por objeto bienes corpóreos, es decir cosas (art. 830 del C.C.). El patrimonio es una agrupación abstracta de universalidades jurídicas, su existencia es ideal. Por lo que su titular tiene sobre este conjunto de centros de intereses protegidos por el ordenamiento jurídico, el poder que el mismo le reconoce a través de la regulación específica de cada universalidad jurídica que lo integra.

B. El patrimonio está integrado por un conjunto de universalidades jurídicas. La persona, física o moral, puede ser titular de una o varias *universitates iuris*.<sup>93</sup>

Puedo afirmar que el patrimonio es un conjunto universal, es decir, un conjunto de conjuntos, al igual que en otras disciplinas, esta agrupación abarca objetos simples agrupados en conjuntos y subconjuntos (*universitatis facti*).

Cada universalidad jurídica participa de las características atribuidas a la misma por el ordenamiento jurídico. La cual puede ser abstracta, indivisible e intransmisible por acto *inter vivos* como la universalidad jurídica denominada “patrimonio de derecho común” (art. 2964 del C.C.) cuyo régimen y características fue estudiado a profundidad por la Escuela de la Exégesis, a través del análisis de la llamada prenda general tácita y la subrogación real; o por el contrario

---

<sup>93</sup> En el mismo sentido el Dr. Jorge Alfredo DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ opina que “creemos por el contrario, y de acuerdo con los principios de la doctrina clásica, que en efecto el patrimonio es único y todas esas masas de bienes afectos a un fin determinado representan ciertas universalidades, autónomas, sí, y legalmente organizadas, pero sin llegar a ser un patrimonio. Fundamos las opiniones anteriores en la diversidad habida entre el patrimonio y la universalidad jurídica, lo cual trae como consecuencia la posibilidad de varias universalidades de derecho y un solo patrimonio.”, vid. *El Fideicomiso. Negocio Jurídico: Régimen Fiscal Inmobiliario; Instrumento en la Inversión Extranjera*, 8ª ed., Editorial Porrúa, México, 1999, p. 200.

abstracta, divisible y transmisible como la universalidad jurídica denominada “herencia”, que adquieren los causahabientes a título universal (art. 1281, 1284, 1678 y 2208), cuya finalidad legal es desinteresarse a los acreedores del difunto y la adjudicación del activo neto a sus causahabientes (art. 1753 a 1764 y 1779 del C.C.). El ordenamiento jurídico reconoce que el heredero puede transmitir ese patrimonio (art. 1288 y 1289, por mayoría de razón en caso de ser heredero único, y 2047 del C.C.). Puede ser concreta, inalienable, imprescriptible e inembargable como la universalidad jurídica denominada “patrimonio de familia” (art. 727 del C.C.); o bien concreto y divisible como en el caso de la universalidad jurídica denominada “patrimonio del menor” (art. 428 del C.C.).

Para el caso de las personas morales, tenemos una universalidad jurídica llamada “liquidación”, concreta y divisible (arts. 2686, 2725 y 2728 del C.C. y 241 y 242 fracciones II y IV de la Ley General de Sociedades Mercantiles); la universalidad jurídica denominada “bloque de activo, pasivo y capital social”, en la escisión, que es concreta, divisible y alienable (art. 228 Bis, fracción IV, inciso d) de la Ley General de Sociedades Mercantiles); o bien, en la personas morales autorizadas a ser fiduciarios, la universalidad jurídica llamada “fideicomiso”, concreta, divisible y alienable (arts. 381, 385 y 395 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y 46 fracción XV y 79 de la Ley de Instituciones de Crédito).

C. El conjunto de universalidades se encuentran vinculadas porque son atribuidas a un titular. Se les considera formando un todo, en razón de que su titularidad corresponde a una misma persona, física o moral. De tal manera que este grupo de *universitas iuris* se designa bajo el nombre de patrimonio, el cual es abstracto en razón de que tiene una existencia ideal.

El concepto propuesto de patrimonio, permite explicar las diversas masas autónomas de bienes (derechos y obligaciones), de que puede ser titular una persona, ya sea ésta física o moral.<sup>94</sup> Entre las cuales se puede encontrar aquella masa de bienes denominada fondo mercantil, fondo de comercio o empresa. Con esta caracterización se puede justificar y en consecuencia regular, entre otras, la delimitación de la responsabilidad patrimonial de la persona física comerciante, sin recurrir a la ficción de una persona moral unimembre o sociedad unipersonal.

Todos los bienes que integran el patrimonio se encuentran agrupados en diversas masas de derechos y obligaciones, denominadas universalidades jurídicas, las cuales se encuentran reconocidas por el ordenamiento jurídico atendiendo al

---

<sup>94</sup> Así Biagio BRUGI afirma que el patrimonio “es el conjunto de relaciones jurídicas de carácter económico, ligadas a un sujeto como a su centro natural, pero que puede separarse de éste, más o menos, sin llegar a devenir, necesariamente, persona jurídica.”, vid. su obra *Instituciones de Derecho Civil*, trad. de Jaime Simo Bofarull, Oxford University Press, México, 2000, p. 32.

fin al que están destinados. La cohesión de estas diversas universalidades se debe a su pertenencia a un mismo titular reconocido legalmente, sea una persona física o moral, que en ejercicio de su capacidad jurídica lo ha integrado.

El fin al que están destinados los diversos bienes, derechos y obligaciones que integran cada universalidad jurídica, se encuentra establecido y regulado por el ordenamiento jurídico, el cual es la razón de su vinculación al atribuirlo a un titular. Por lo que cada universalidad jurídica tiene un régimen jurídico particular, el cual regulará la concreta interrelación entre los elementos activo y pasivo de la misma y las atribuciones o poder jurídico de su titular. Así una persona física que se encuentra casada bajo el régimen de sociedad conyugal; que además es titular de la patria potestad sobre su menor hijo; que es heredero en una sucesión; que es poseedor definitivo de un presunto muerto, etc., tendrá en su patrimonio tantas universalidades jurídicas como fines protegidos legalmente. Tendrá pues, una universalidad jurídica compuesta por los bienes afectos a la sociedad conyugal; una más por los bienes propios; otra universalidad jurídica compuesta por la porción de los bienes de la segunda clase del hijo que le son atribuidos; otra universalidad jurídica compuesta por los bienes que recibe por herencia; una más por los bienes cuya posesión definitiva recibe del presunto muerto, etc. Cada una de estas masas autónomas de bienes tiene un régimen jurídico propio. El ordenamiento jurídico regula de manera distinta cada una de dichas universalidades, de tal manera, que el poder jurídico conferido a su titular sobre cada uno de los bienes que integran cada una de ellas es diverso.

La unidad de estas universalidades se debe a que el ordenamiento jurídico las atribuye a un mismo titular a quien otorga las facultades necesarias para su aprovechamiento.

De aquí que esta concepción del patrimonio se separa de la teoría clásica o del patrimonio-personalidad, en razón de que no considera como elemento de cohesión la inmanencia de los mismos con la persona. El patrimonio no es un atributo de la personalidad, pueden existir personas sin patrimonio, pero no patrimonios sin titular. El ordenamiento jurídico siempre regulará a la universalidad jurídica como objeto de una relación jurídica, nunca como sujeto de la misma. Pero en ejercicio de su capacidad la persona puede conformar su patrimonio mediante la adquisición de bienes para el cumplimiento de las obligaciones que contraiga. Recordemos que algunos juristas mencionan que toda persona tiene un patrimonio conformado por lo menos del lado activo con el derecho a percibir alimentos y del lado pasivo con las obligaciones dependientes, que son aquellas que tienen su fuente en ley, y que son correlativas de un derecho, es decir, existen en la medida y en base de que se es titular de un derecho, como la propia obliga-

ción alimentaria y las obligaciones *propter rem*.<sup>95</sup> Situación que desde luego también tiene explicación y es comprensiva del concepto propuesto de patrimonio.

Es así, que esta definición de patrimonio tampoco se puede confundir con la teoría del patrimonio afectación, en razón de que las finalidades que agrupan a las diversas masas de bienes, no está atribuida su determinación al libre juego de la autonomía de la voluntad, sino al reconocimiento y regulación legal que el ordenamiento jurídico realice de un determinado grupo de bienes, cuya importancia social, política o económica, haga que sea necesaria su regulación específica, en base a reglas propias, que establezcan las concretas normas que los atribuyan a un titular, lo que implica su vinculación, así como el régimen de aplicación del activo al pasivo, todo en base al fin legalmente reconocido.<sup>96</sup> Sin que pueda existir como se ha indicado un patrimonio sin sujeto.

Importante es señalar, como se ha indicado, que el titular de estas diversas universalidades jurídicas, no tiene un derecho de propiedad sobre las mismas, no es dueño del patrimonio, sobre el mismo la persona únicamente tiene el poder jurídico que expresamente determine el ordenamiento jurídico, sobre el cual está facultado para ejercitar las concretas potestades o actos jurídicos determinados al efecto por la ley.

Finalmente, se insiste en que el contenido de estas universalidades jurídicas comprende derechos reales, derechos personales, obligaciones reales y obligaciones personales exclusivamente de naturaleza pecuniaria, es decir, valorables en dinero.

---

<sup>95</sup> Cfr. Néstor Jorge Musto, *Derechos reales*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2000, p. 66.

<sup>96</sup> En este sentido el artículo 2740 del Código Civil Italiano, en su segundo párrafo menciona “*Le limitazioni della responsabilità non sono ammesse se non nei casi stabiliti dalla legge*” vid. Codice Civile con la Costituzione il Trattato C.E.E. e le principali norme complementari, 10ª ed., Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1996.

## ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL CONTRATO DE MUTUO

---

## SUMARIO

- I. Origen de su nombre
- II. Antecedentes legislativos en nuestro derecho
- III. Definición legal
- IV. Clasificación en cuanto a la legislación que rige este contrato
- V. Del consentimiento
- VI. Del objeto indirecto del contrato de mutuo, dinero
- VII. Sobre la capacidad para celebrar el contrato
- VIII. Mutuo con interés
- IX. Otros ordenamientos que rigen esta materia
- Conclusiones
- Bibliografía

# ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL CONTRATO DE MUTUO

Ana de Jesús Jiménez Montañez

Notaría No. 146 del D. F.

Con el propósito de cumplir con el grave encargo de dirigirme a un cierto notariado de la República sobre el CONTRATO DE MUTUO, en meses pasados hube de allegarme del material necesario para lo cual consulté a los autores de contratos de nuestro país que tratan el tema, habiéndome encontrado con aspectos abordados someramente que me adentré a explorar, cuyo resultado presento a los lectores, confiando les sea de utilidad ya para adoptarlo, ya para mejorarlo. Asimismo he incorporado en este trabajo algunos datos conexos que me han parecido de interés.

El fin que me propongo en este espacio no es exponer todos los elementos esenciales o accidentales del contrato en el orden que se seguiría en una cátedra sobre la materia, sino enfocarme a aquellos aspectos que no he visto tratados por la doctrina mexicana, pero sí comenzando por el consentimiento y el objeto, para luego tratar del mutuo de dinero para resaltar que en éste prácticamente no se devuelve otro tanto de la misma calidad y en ocasiones tampoco otro tanto de la misma especie, para luego abundar sobre la capacidad para su celebración. En el curso de esta ruta mencionaré datos que seguramente son de conocimiento general pero cuyo repaso no resulta superfluo, como son su posible etimología y sus antecedentes legislativos en derecho mexicano, entre otros.

## I. ORIGEN DE SU NOMBRE

Existe discrepancia entre los autores sobre el origen del nombre de este contrato, pues mientras unos se apoyan en la propia palabra *mutuum*, o de la expresión *quod ex meo tuum fit*, o sea, lo que saco de mí o te entrego siendo mío, tuyo sea, diríamos nosotros, otros opinan que la palabra *mutuum*, proviene del verbo *moveo*, *es, movere* o bien, del verbo *mutare*, o sea, mudar, cambiar una cosa por otra. Cualquiera que sea la teoría que más nos convenza, en mi opinión ambos orígenes propuestos nos llevan a la misma idea: se entrega una cosa y se devuelve otra semejante.



## II. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS EN NUESTRO DERECHO

Nuestros Códigos Civiles para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1870 y de 1884, en sus respectivos TÍTULOS DÉCIMO SEXTO, ubicados ambos dentro de sus respectivos LIBROS IIIs, siguiendo al napoleónico, *agruparon en un solo artículo* los conceptos tanto del contrato de mutuo como del contrato de comodato y también consideraron reales a ambos contratos. En virtud de que en ningún sitio de la reglamentación de dichas figuras se especifica que los contratos en comento fuesen reales, nos dice el doctor Domínguez Martínez que tal se desprende de la definición misma calificándolo como una concesión y de que en las disposiciones respectivas no aparece la obligación de entrega de la cosa por parte del mutuante. Ambos códigos dedicaron luego tres capítulos distintos a estos contratos, uno al comodato, otro al mutuo simple y el último, al mutuo con interés. La doctrina siempre ha distinguido uno de otro, considerando al mutuo como préstamo de consumo, en tanto al comodato como préstamo de uso. En virtud de que bien miradas esas dos figuras se observan profundas diferencias entre ambas, la decisión del legislador de 1928 de reglamentar el contrato de mutuo entre los traslativos de dominio y el de comodato entre los traslativos de uso, ha sido bien vista por la doctrina.

## III. DEFINICIÓN LEGAL

En obvio de repeticiones remito al lector al artículo 2384 del CCDF. La mayoría de las legislaciones de los Estados de nuestro país define este contrato en forma similar. Sólo los estados de Tlaxcala y Zacatecas lo llaman “préstamo”. La única diferencia entre tales definiciones es que algunos nombran *mutuario* al *accediente*, en tanto otros lo nombran *mutuatario*, como el nuestro. Aquellos que regulan este contrato bajo el nombre de préstamo, identifican a las partes como “prestador” y “prestatario”.

## IV. CLASIFICACIÓN EN CUANTO A LA LEGISLACIÓN QUE RIGE ESTE CONTRATO

Atendiendo a la legislación que rige al mutuo, advertimos que existe mutuo civil, regulado por los Códigos Civiles de cada Estado de la República y mutuo mercantil, contemplado en el Artículo 358 del Código de Comercio bajo el nombre de “Préstamo mercantil”.

## V. DEL CONSENTIMIENTO

La mayoría de los autores de contratos concuerdan en que respecto del consentimiento no existen reglas especiales en el mutuo, por lo que puede ser expreso o tácito. Yo discrepo de este pensar, para lo cual me apoyo en la “*datio*” del derecho romano, argumento que replica el maestro Sánchez Medal diciendo al desarrollar la entrega de la cosa:

... es indudable que la escueta entrega de una suma de dinero o de una cantidad de bienes fungibles no es suficiente por sí sola para perfeccionar el contrato de mutuo, pues dicha entrega puede hacerse para transmitir la propiedad, como ocurre en el mutuo, en la donación y en la venta, o puede hacerse para conceder sólo el uso gratuito o remunerado de las cosas, como acontece en el comodato y en el arrendamiento, respectivamente, o simplemente para la guarda de las cosas, como en el depósito. ES INDISPENSABLE —concluye— QUE A LA ENTREGA DE TALES COSAS PRECEDA SIEMPRE UN ACUERDO DE VOLUNTADES QUE PRECISE EL ALCANCE Y DÉ SIGNIFICADO UNÍVOCO A TAL ENTREGA, COMO YA LO RECONOCÍA EL MISMO DIGESTO: NUNCA LA ESCUETA ENTREGA TRANSMITE EL DOMINIO, A MENOS QUE UNA VENTA O ALGUNA OTRA CAUSA JUSTA LA PRECEDA Y POR VIRTUD DE LA CUAL SE SIGA LA ENTREGA DE LA COSA.

Desde luego que hay contratos en donde funciona el consentimiento tácito, pero no en el mutuo, al menos no siempre, pues en este contrato debe haber alguno que formule verbalmente o por escrito una policitud, como sería el caso de las ofertas de dinero que hacen los bancos o algunas empresas, si se trata del mutuante, o bien una petición de préstamo que haría el presunto mutuario, también verbalmente o por escrito o por signos inequívocos, como sería el caso del ingreso a locales establecidos por las empresas prestadoras de dinero, acceso a la correspondiente ventanilla e información de condiciones, etc., mas hasta aquí no se ha formado contrato alguno, es menester cerrar el círculo aceptando la correspondiente policitud u oferta hecha. Supongamos que un empleado me solicita un préstamo de dinero pero yo no le decido de momento, sino le pido me deje meditarlo. En el curso de esa misma mañana escucho su narración a un compañero de trabajo en el sentido de que el día de la quincena fue asaltado en el metro y le robaron los emolumentos cobrados por el período y quedó, como se dice “sin blanca”. Horas después, sin aclararle nada, le entrego una cantidad de dinero, o sea, realizo una “*datio*”, pero resulta que yo tengo un *animus donandi*, pues me he compadecido de la situación del empleado y no pienso cobrarle, en tanto él puede pensar que accedí a darle el préstamo o que le dejé la suma aquella en depósito, o si le debía algo, que se lo estoy cubriendo. Es necesario pues que mi entrega tenga un significado unívoco, o sea que el consentimiento precise el al-

cance de la misma. *Mi conclusión es que en el contrato de mutuo sólo funciona el consentimiento tácito cuando tiene un significado unívoco*, esto es, si la entrega puede tener varios significados, no funciona el consentimiento tácito.

## VI. DEL OBJETO INDIRECTO DEL CONTRATO DE MUTUO, DINERO

Cuando el objeto indirecto del contrato de mutuo es dinero, se presentan fenómenos singulares que menciono a continuación: Si el mutuo de dinero se celebra sin interés para ser cumplido en un plazo breve, a pocos preocupará la pérdida adquisitiva del dinero que ha de devolverse, pues de haberla, que prácticamente siempre la hay, la mayor parte de las veces será mínima. El problema se presenta cuando el contrato se celebra por un plazo largo, aún algunos meses tienen ya importancia, dado el nominalismo monetario que prevalece en nuestro Derecho, toda vez que el deudor, o sea el mutuario, ha de devolver otro tanto de la misma especie y calidad y es evidente que los pesos que entregó el acreedor el 1° de enero de 2013, no son los mismos que recibirá el 31 de diciembre de 2014, aunque numéricamente sea la misma cantidad. El nominalismo monetario —nos lo recuerdan algunos autores— consiste en que para efectos jurídicos el único valor del dinero es solo el nominal o numérico asignado por el Estado que lo emite. El maestro Sánchez Medial refiere que dicho nominalismo monetario tiene su antecedente en Francia, donde el jurista Pothier afirmaba que *“en el dinero no se considera el cuerpo, ni las piezas de moneda, sino exclusivamente el valor que el príncipe le asigna”*. Esta aseveración fue recogida por el Código Napoleónico en cuyo artículo 1895 estipuló el correspondiente legislador: *“la obligación que nace de un préstamo de dinero no es sino la suma numérica enunciada en el contrato”*. De dicho Ordenamiento se derivaron normas vigentes en las legislaciones modernas y concretamente en nuestro Derecho. También el maestro Luis Mauricio Figueroa trata esta materia mencionando que existen dos principios que guían los actos jurídicos celebrados con dinero en los que media un plazo: el principio nominalista y el principio valorista. En este punto resalta la importancia de la Ley Monetaria. El artículo 7° de ésta dice lo siguiente:

Art. 7°.—Las obligaciones de pago de cualquier suma en moneda mexicana se denominarán invariablemente en pesos y, en su caso, sus fracciones. Dichas obligaciones se solventarán mediante la entrega, por su valor nominal, de billetes del Banco de México, o monedas metálicas de las señaladas en el artículo 2°.

De acuerdo con lo anterior, nuestro derecho adopta el principio nominalista que reposa en la máxima *pacta sunt servanda*, pero este principio pugna con el

valorista, que se apoya en el diverso *rebus sic stantibus*. Todo mundo concuerda en que con el peso que se devuelve el 31 de diciembre de 2014 no se compra lo mismo que se compraba el 1° de enero del año anterior, dada la inflación que padecen las economías, concretamente la nuestra.

Sólo para recordar, repasemos los conceptos de *pacta sunt servanda* y *rebus sic stantibus*. Por el primero se entiende que los pactos acordados deben ser cumplidos, no importado la mutación de las circunstancias en que se celebraron; en tanto el segundo implica que un pacto ha de cumplirse mientras las cosas queden en el mismo estado en que se contrató. El aforismo latino *pacta sunt servanda* es la síntesis de la máxima jurídica establecida por el Derecho Canónico que rezaba “aun nudos los pactos, hay que cumplirlos” (*Pacta, quantum cumque nuda, servanda sunt*). Esta afirmación causó en su momento gran revuelo pues el derecho romano en un inicio sólo reconocía acción procesal a ciertos pactos, mientras los restantes, o sea los “pactos nudos”, hoy diríamos obligaciones naturales, eran abandonados al espontáneo cumplimiento de las partes. Esto pasaba en el Derecho Arcaico romano, mas con el paso de los siglos y el avance jurídico la situación se fue suavizando y el derecho fue extendiendo sus alas, por decirlo así, para proteger quizá tímidamente dichos pactos nudos. Este principio “*pacta sunt servanda*” no se afirmó sino hasta las Decretales de Gregorio IX (1227-1241), que lo introdujo con el texto antes mencionado, prevaleciendo de este modo el consensualismo sobre el formalismo, pues los pactos convenidos —no nada más los formales— estarían ahora protegidos. El principio en mención penetró posteriormente de lleno en el Ordenamiento de Alcalá y en otros cuerpos legales españoles, incluido el actual Código Civil. Alguna parte de la doctrina se pronunció por el cumplimiento de todo pacto, pero han prevalecido con toda razón las opiniones de aquellos que apoyan la exclusión de esta máxima de los pactos que vayan en contra de las leyes de orden público y de las buenas costumbres.

El concepto *rebus sic stantibus* fue introducido por los canonistas, quienes argumentaban ser contrario a la moral católica que el acreedor se aprovechara de las nuevas circunstancias para obtener prestaciones por decir inesperadas para él pero perjudiciales para el deudor, y lo comparaban con la usura, que es precisamente el aprovechamiento de la difícil situación del posible deudor, la que puede darse desde el momento de la celebración del contrato o también derivarse de situaciones posteriores a éste. Si bien estas ideas permearon a nivel doctrinal, no fue sino hasta la Primera Guerra Mundial, cuando las obligaciones de los deudores se tornaron imposibles de cumplir, que Francia introdujo dicha cláusula en su normativa. No obstante lo anterior el legislador en general se decidió por la firmeza de los contratos y adoptó en general la postura *pacta sunt servanda* para reglamentar su cumplimiento. Tal fue la posición de nuestro derecho del Distrito Federal, artículo 1796, estipulando que los contratos obligan a los contratantes no

solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que según su naturaleza son conforme a la buena fe, al uso o a la ley. Esta postura siempre sostuvo la rigidez del contrato aun frente a modificaciones exteriores y ulteriores adversas, que rompían con el equilibrio del mismo, dando lugar a veces a una excesiva onerosidad superveniente a cargo de alguna de las partes. Dicha situación fue modificada hace poco menos de un lustro en el Distrito Federal, al introducir el legislador la teoría de la imprevisión. En el año 2010 fue reformado el artículo 1796 del Código Civil para el Distrito Federal, para añadirle un segundo párrafo previendo la alteración de circunstancias por acontecimientos extraordinarios de carácter nacional y facultando al perjudicado para intentar la acción tendiente a recuperar el equilibrio entre las obligaciones. Fueron adicionados asimismo los artículos 1796 Bis y 1796 Ter. Es menester mencionar que el segundo párrafo del artículo 1796 Bis *no faculta al solicitante a suspender el cumplimiento del contrato*. El procedimiento establecido prevé una primera etapa que busque el acuerdo entre las partes y sólo ante la falta de éste, el solicitante recurrirá al juez para que dirima la controversia. También es necesario aclarar que algunos Códigos Civiles de algunas Entidades Federativas de nuestro país, ya contemplaban antes de dicha reforma la modificación a la rigidez de esta clase de contratos, como es el caso del Código Civil para el Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave, pues su legislador, desde 1997, introdujo el Capítulo X Bis, para tratar de la Imprevisión de los Contratos en seis artículos. También es el caso de Chihuahua, que modificó su articulado desde el año 2000, a mi ver con mejor técnica que la utilizada en el Distrito Federal; el caso de Jalisco, en su artículo 1787 y otros más. Lo propio puede decirse de legislaciones como la italiana y la argentina, entre otras que no cito, en las que se incluyeron dispositivos procurando remediar el mencionado desequilibrio superveniente. Dicha reforma se introdujo, con excepción de los contratos aleatorios, precisamente posibilitando la revisión de contratos sujetos a plazo, en los que surjan acontecimientos extraordinarios de carácter nacional que no pudieron preverse y que generen a una de las partes obligaciones más onerosas. La redacción de este artículo deja fuera catástrofes o eventos de naturaleza local que desde luego pueden acarrear desequilibrio de las prestaciones de las partes.

En principio se piensa que la alteración de circunstancias perjudica al deudor, pero en el caso del mutuo muchas veces perjudica al acreedor. Para evitarse los acreedores la absorción de la pérdida del valor adquisitivo de la moneda que prestaban se recurrieron a “N” mecanismos, entre los cuales destaca la celebración del contrato en monedas “duras”, o bien, estipulando intereses variables, amparados dichos mecanismos en la autonomía de la voluntad (Arts. 1832 y 1839 CCDF).

Uno de los mecanismos a que se recurrió para que el público tuviera conocimiento de la equivalencia entre el valor nominal y el valor real o valor adquisitivo de la moneda fue el de las Unidades de Inversión (UDIS). Dichas Unidades de Inversión o UDIS como se les conoce son unidades de valor que se basan en el incremento de los precios y son usadas para solventar las obligaciones de créditos hipotecarios, yo añadiría mutuos de dinero, o cualquier acto mercantil. Se crearon el 4 de abril de 1995 con el fin de proteger a los bancos y se enfocaron principalmente a los créditos hipotecarios. El Banco de México da a conocer en el Diario Oficial de la Federación el valor, en moneda nacional, de la unidad de inversión, para cada día del mes. De acuerdo con estas unidades de valor, en muchas ocasiones se ha optado por pactar en UDIS el préstamo de dinero.

En todas estas obligaciones de “devolución”, más bien retransmisión de una cantidad dineraria, tiene injerencia el artículo 8° de la Ley Monetaria. Conforme a dicho artículo, el deudor de moneda extranjera se libera entregando el equivalente en moneda nacional en todos los casos, aun en aquél en que el deudor recibió moneda extranjera. Para conocer el *quantum* la propia ley establece la equivalencia publicándola en el Diario Oficial de la Federación. Para esos efectos, el Banco Central, con fundamento en el artículo 35 de la Ley del Banco de México, publica diariamente en el referido periódico la equivalencia peso-dólar y menciona que las equivalencias de otras monedas se darán a conocer al interesado por las instituciones de crédito del país, para lo cual se basarán en la cotización que rijan para dichas monedas contra el dólar americano en los mercados internacionales. La regla general para hacer un pago será la conversión *a la fecha en que deba hacerse éste*, pero si el deudor probara que lo que recibió en préstamo fue moneda nacional y después se hizo conversión a moneda extranjera, podrá liberarse pagando en moneda nacional, pero convertido el monto del préstamo *a la fecha en que se contrajo la obligación*, como estipula el artículo 4° Transitorio de dicha ley.

Siendo la Ley Monetaria un ordenamiento de orden público impide en esta clase de préstamos que se devuelva otro tanto de la misma especie y calidad, pues en el caso de que se hubiera entregado en préstamo moneda extranjera, el deudor quedará liberado entregando a su vez moneda nacional, o sea que no está devolviendo otro tanto de la misma especie; y por lo que se refiere a la calidad, tampoco devolverá la misma calidad de pesos que recibió, debido esto al nominalismo monetario de que hemos hablado, pues aún hecha la conversión al tipo de cambio del día del pago, el dólar o alguna otra moneda, también sufrieron devaluación por la inflación del país respectivo.

## VII. SOBRE LA CAPACIDAD PARA CELEBRAR EL CONTRATO

Para explorar este aspecto será menester tener presentes los conceptos que nos ofrece el maestro Borja Soriano sobre los actos de administración y los de dominio. Aunque sean estas ideas bien conocidas del lector por ser de constante repaso, los incluiré como premisa menor de la conclusión que expondré. Primeramente nos refiere dicho maestro, con base en el pensamiento de Bonnecase, que debemos tener presentes las distintas clases de patrimonio, esto es, el patrimonio de conservación o de derecho común, el de explotación y el patrimonio de liquidación, pues según la clase a que pertenezca un bien determinado, un acto que recaiga sobre ese bien será de administración o de dominio. Enseguida nos da las siguientes reglas para el patrimonio de derecho común:

- Observar en el ordenamiento positivo aquellos actos que el legislador expresamente permite o prohíbe a los administradores, pues si los permite, estamos ante actos de administración, y si los prohíbe, estaremos ante actos de dominio;
- A falta de regla expresa, serán actos de administración o de disposición los que tengan ese carácter para los otros administradores según los artículos que el Ordenamiento Positivo contemple expresamente para éstos, o sea, debemos aplicar la analogía y si para algún administrador está prohibido expresamente algo, por analogía estaremos ante un acto de disposición o de dominio para otro administrador y si lo permite, ante uno de administración; y
- A falta de ordenamiento al cual recurrir, atender a la conservación del patrimonio. Si el acto tiende a éste, será de administración; en cambio será de disposición aquél que tienda a la pérdida o disgregación del mismo.

Varía el criterio tratándose de un patrimonio de explotación: las dos primeras reglas dadas para el patrimonio de derecho común son aplicables también al patrimonio de explotación, esto es, recurrir al Ordenamiento Positivo para ver cómo clasifica expresamente los actos de los administradores; a falta de regla expresa, recurrir a la analogía y a falta de ambas, observar si el acto, así bien parezca de disposición, tiende a fomentar la circulación de los bienes que componen el patrimonio en análisis, pues esta es su característica principal, en cambio será de disposición si tiende a disminuir los activos en forma definitiva. Dichos conceptos orientadores nos darán la respuesta para la cuestión que nos planteamos:

Siendo el de mutuo un contrato traslativo de dominio tanto de ida como de regreso, será menester que mutuante y mutuario tengan capacidad para enajenar. De ahí desprenderemos las siguientes conclusiones:

a) Sólo las personas capaces jurídicamente hablando, o sea quienes tienen la libre disposición de sus bienes, podrán celebrar este contrato sin cortapisa alguna (Art. 647 CCDF);

b) Las sociedades civiles podrán celebrar este contrato si en su objeto social se contempla la posibilidad, y en ese caso deberán actuar por conducto de su representante legal o de algún apoderado para actos de administración. En cuanto a las sociedades mercantiles, a la luz de la reforma de la Ley de la materia, que permite a las sociedades, realizar todas los actos de comercio necesarios para el cumplimiento de su objeto social, podrán celebrar el contrato de préstamo previsto en el Código de Comercio;

c) Otras personas morales, como las asociaciones religiosas, con fundamento en el artículo 8º, fracción II, y en la fracción IV del artículo 9º de la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público, podrían celebrar el contrato de mutuo como mutuarías o bien, como mutuantes siempre que fuera sin interés, pues conforme a dichos numerales les está prohibido perseguir fines de lucro;

d) ¿Qué hay de las instituciones de asistencia privada? El artículo 45, frac. VIII de la ley de la materia, prohíbe a los patronatos gravar o enajenar los bienes de la Institución, o comprometerlos en operaciones de préstamos, salvo en caso de necesidad o evidente utilidad, previa la aprobación de la Junta de Asistencia Privada;

e) Las asociaciones civiles, en vista de que su finalidad no debe ser preponderantemente económica y si su objeto social prevé la celebración de toda clase de contratos acordes con su naturaleza, podrían celebrar el contrato de mutuo simple como mutuantes o como mutuarías; mas tratándose del mutuo con interés podrían celebrarlo como mutuantes si éste es de tipo compensatorio, pero no, si el interés que estipulen fuera lucrativo (Art. 2670 CCDF).

f) Dejé al último el caso de los menores de edad por ser un tema especial a considerar y me gustaría tratarlo empezando por el pupilo por existir una amplia regulación de la tutela que supera a la de la patria potestad. Asimismo será menester distinguir dar en mutuo y recibir en mutuo. En cuanto al pupilo, existe una prohibición expresa para el tutor en el artículo 575 del Código Civil no pudiendo éste sin autorización judicial recibir dinero prestado en nombre del incapacitado, con hipoteca o sin ella. Siguiendo las reglas brindadas por el maestro Borja Soriano, recibir dinero en préstamo a nombre del pupilo sería un acto de dominio. Ahora bien, el Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal dispone en su artículo 921 que para recibir dinero prestado a nombre del menor o incapacitado, necesita el tutor de la conformidad del curador, la del Consejo de Tutelas y finalmente la autorización judicial. Este último artículo, por hallarse en el Código Procesal y definir un procedimiento, prevalecerá en la vida práctica sobre lo dispuesto en el Código Civil que sólo exige la autorización judicial. *La conclusión*



*es que el pupilo sí puede recibir dinero en préstamo, siempre y cuando medie la autorización judicial.* Me permito hacer notar que tanto el mencionado artículo del Código sustantivo como el del Código Adjetivo hacen mención a *dinero prestado*, o sea, autorizan el mutuo de dinero convirtiendo al pupilo en deudor. ¿Qué hay de los otros bienes fungibles? Al no haber letra expresa de la ley, debemos recurrir a las reglas supletorias para descubrir si recibir en mutuo bienes fungibles distintos del dinero es un acto de administración o de dominio, y al efecto me resalta lo dispuesto por el artículo 579 del CCDF que obliga al tutor a admitir las donaciones simples, legados y herencias que se dejen al incapacitado. Este dispositivo admite que el menor adquiera bienes, pero sin contraprestación alguna, lo cual, a mi ver, no se surte en la especie tratándose del mutuo de otras cosas fungibles que no sean dinero, pues recibir en mutuo no equivale a enriquecimiento del mutuuario al habersele transmitido la propiedad de las cosas mutuadas, sino que adquiere una deuda, consistente en devolver otro tanto de la misma especie y calidad, es decir, nace en su patrimonio un crédito a su cargo. De lo anterior se desprende que su patrimonio no se está conservando, sino se está gravando con una obligación que habrá de cumplir en su momento él mismo si ya es mayor de edad o si finalmente adquirió la capacidad para gobernarse, o habrá de cumplir su tutor, si los eventos anteriores no han tenido lugar. Otro artículo del mismo Código que refuerza lo anterior es el propio artículo 575, pues limita la recepción de dinero aún sin constitución de hipoteca y la sujeta a autorización judicial, lo que implica que el legislador protege la no gravación del patrimonio del menor. La conclusión a mi ver sería que el pupilo NO PUEDE CELEBRAR EL CONTRATO DE MUTUO EN CALIDAD DE MUTUARIO CUANDO LOS BIENES FUNGIBLES SEAN DISTINTOS DEL DINERO.

¿Podrá el pupilo celebrar el contrato de mutuo como mutuante? También aquí debemos distinguir si lo que da en mutuo es dinero o si son otros bienes fungibles. Paso a explicar mi opinión. Originalmente decía textualmente el artículo 557 del Código Civil para el Distrito Federal que el dinero sobrante, se refiere al que sobre de una negociación después de cubiertas las cuentas de la tutela, y otros efectivos más que le “caigan” al pupilo, serán impuestos por el tutor bajo su más estricta responsabilidad sobre segura hipoteca. Lo anterior no es más que la autorización al tutor de dar DINERO prestado, eso sí, sobre segura hipoteca, y para ello no requiere autorización judicial, es más, está obligado a actuar dentro de un plazo perentorio. Estamos pues ante un acto de administración. En el año 2000 sobrevino un cambio en el texto de dicho numeral, que a mi ver sólo es de matiz, pues ahora la ley obliga al tutor a *invertir* el dinero sobrante dentro del mes siguiente a su obtención, también bajo su más estricta responsabilidad. En mi concepto, el verbo invertir no obliga al tutor a recurrir a una Institución de Crédito, pues tal no es el mandato del artículo, sino que invertirlo,

siguiendo la definición del diccionario de la Real Academia, sería en la acepción que nos interesa, “colocar un caudal” y lo mismo puede colocarse en un banco que con un particular, con quien el pupilo, por conducto de su tutor estaría celebrando el contrato de mutuo, como mutuante. La conclusión sería que el Código da a esta actividad el tratamiento de un acto de administración y consecuentemente EL PUPILO SÍ PUEDE CELEBRAR EL MUTUO CON CARÁCTER DE MUTUANTE, pero a mi ver, cuando la cosa dada en mutuo sea sólo DINERO CON INTERESES, pues a ese bien se refiere la ley. Creo que el pupilo no podrá celebrar el contrato de mutuo como mutuante, sin autorización judicial, tratándose de otros bienes fungibles distintos al dinero, pues los artículos 561, 564, 565, todos del Código Civil de nuestra Entidad, impiden al tutor extraer bienes del patrimonio del pupilo, salvo que cuente con dicha autorización. La conclusión es que siendo un acto de dominio, EL PUPILO SÍ PUEDE CELEBRAR EL CONTRATO DE MUTUO COMO MUTUANTE CUANDO LOS BIENES DADOS EN MUTUO SEAN DISTINTOS AL DINERO, SI SU TUTOR CUENTA CON AUTORIZACIÓN JUDICIAL.

g) Agotado el punto sobre la capacidad del pupilo, toca ver la del hijo sujeto a patria potestad. El legislador no estableció para los sujetos a patria potestad, como sí para los pupilos, la limitación expresa de recibir dinero prestado sin autorización judicial, de donde surge la pregunta: ¿podrían los padres en ejercicio de la patria potestad recibir dinero prestado a nombre de su menor hijo sin contar con tal autorización? Yo diría que no, pues en donde existe la misma razón debe prevalecer la misma disposición, por lo que no podría el sujeto a patria potestad ser mutuario sin autorización judicial. En cuanto al carácter de mutuante pasa lo mismo que con el pupilo, o sea, si se trata de DINERO, el menor puede ser MUTUANTE CON INTERÉS sin que se requiera la autorización judicial, y diría yo, sólo del remanente de una enajenación de inmueble o de mueble precioso, lo que afirmo con base en el artículo 437 del CCDF, que ordena al que ejerce la patria potestad imponer sobre segura hipoteca ese sobrante. Yo extendería tal autorización a todo dinero que obtuviera el sujeto a patria potestad, por analogía a lo establecido para el pupilo en precepto análogo (557 CCDF). Si los bienes que han de darse en mutuo por el sujeto a patria potestad, o sea, de aquellos cuya propiedad se transferirá al mutuario, son distintos del dinero, tendrían los que ejercen dicha patria potestad que contar con la autorización judicial, según el artículo 436 del CCDF al estarles prohibido enajenar bienes del patrimonio de sus hijos sin ese requisito.

Un artículo expreso ubicado dentro del articulado del mutuo, el 2392 del CCDF, refuerza mi postura, pues prescribe la validez de las deudas contraídas por un menor para procurarse los alimentos que necesite cuando su representante legítimo se encuentre ausente, o sea, la ley lo autoriza a convertirse en mutuario sin autorización judicial *sólo* con ese motivo. Esta norma es especial para el caso

previsto. Varios autores opinan, y yo con ellos, que con dicha facultad no se está habilitando al menor para celebrar el contrato de mutuo, sino se está respondiendo al principio de que nadie puede enriquecerse a costa de otro, con lo cual el legislador apoya al menor necesitado de alimentos por un lado, y por el otro, protege al mutuante, quien viendo la necesidad del menor y la ausencia de su representante legal, hace desembolsos para ese fin, muy probablemente con fundamento en la solidaridad humana. Para que este supuesto se dé, deben concurrir las circunstancias apuntadas por el legislador, esto es, que el menor necesite alimentos y que su representante legítimo se encuentre ausente, lo que no quiere decir que haya desaparecido y no se sepa su paradero, sino simplemente que no esté presente para cumplir con la provisión de alimentos que el menor requiere. *A contrario sensu*, si no se surten dichos elementos, el contrato de mutuo celebrado por el menor será nulo. ¿Quién pagará las cantidades erogadas por el mutuante por este concepto? Es evidente que el representante legítimo es el responsable, esto si regresa; de no ser así, creo que el propio menor, cuando fuere mayor de edad y pudiere pagar, tendría que hacerlo. Alguno de los Códigos Civiles de los Estados de la República Mexicana así lo prevé.

## VIII. MUTUO CON INTERÉS

La palabra “interés” es equívoca y tiene varios significados: desde el punto de vista económico, el interés es el costo del dinero en el curso del tiempo y desde el punto de vista jurídico, se habla del interés jurídicamente tutelado del derecho penal, del superior interés del menor, etc., mas el que nos interesa es el contemplado desde el punto de vista patrimonial civil, para el cual el interés es el provecho, rendimiento o utilidad que se obtiene del capital; es el beneficio económico que se logra de cualquier clase de inversión, o más ampliamente, es la compensación en dinero o en cualquier valor que recibe un acreedor accesoriamente al cumplimiento de una obligación. Su naturaleza es la de un fruto civil que se produce día por día y pertenece al acreedor en esta proporción luego que le es debido, aunque no lo haya recibido. (Arts. 893 y 816 CCDF). Nuestro código no define el concepto de frutos. La definición más aceptada por la doctrina es que se entiende por fruto una cosa accesoría producida por otra principal o madre, según su naturaleza, normalmente con periodicidad y sin alteración de su sustancia. Recuérdese que el concepto de interés nació en la Edad Media, después de superar el viejo criterio del cristianismo en el sentido de que el dinero es estéril, el cual evolucionó hasta considerar que el dinero es una mercancía que puede ser alquilada o vendida como cualquier otra. Al privarse el acreedor de su

uso debe gratificársele, surgiendo los conceptos de daño emergente y lucro cesante, que deben ser reparados.

La doctrina reconoce diversos tipos de interés, a saber:

- El compensatorio, que es el exigible por el daño emergente o el lucro cesante y que se paga al acreedor para compensarlo de las pérdidas que sufre en sus bienes o de las ganancias de que ha de verse privado;
- El punitivo o moratorio, que es el que se exige como pena por la tardanza del deudor en la satisfacción de su deuda; y
- El lucrativo, que es el que se le exige a la persona a quien se presta dinero o cualquier otra cosa fungible, con vistas de obtener una ganancia en razón del préstamo.

También se habla del interés bruto, aquél que se recibe antes de hacerle deducciones y de interés neto, que sería aquél que pasa ya limpio a los bolsillos del acreedor.

Ahora bien, el mutuo sólo será con interés si se pacta expresamente, pues por naturaleza es un contrato gratuito. De no especificarse la tasa a la que estará sujeto, que sería el interés *convencional*, se estaría entonces al interés *legal*, que en nuestra Entidad Federativa es de 9% anual en materia civil, según indica el artículo 2395 del Código; en cambio en materia mercantil deberán las partes estar-se al interés pactado, hallándose establecido en el Código de Comercio *sólo el interés moratorio* a falta de estipulación expresa, según lo dispuesto por el artículo 362 de dicho Ordenamiento, lo que recalco ya que es común escuchar que el interés legal en materia mercantil es el 6%. Para fijar la tasa de interés debe atenderse al monto de lo mutuado y al plazo estipulado. La propia ley indica que el interés convencional puede ser mayor o menor al legal. De haberse pactado un interés superior al legal nuestro CCDF introdujo mecanismos protectores del deudor, en los artículos 2395 y 2396.

El legislador también cuidó al deudor del llamado pacto de “anatocismo”, palabra que proviene del griego *toxus*, que significa producto o interés, aunque nuestra ley no alude a él con ese nombre, consistente éste en que desde un principio mutuante y mutuario convienen en que los intereses se capitalicen para causar nuevos intereses. De celebrarse este pacto, sería nulo absoluto. Este convenio es diverso de aquél que pueden celebrar las partes cuando ya se han causado los intereses, pues en este caso el legislador permite dicha capitalización, según indica el artículo 2397 del CCDF. En materia mercantil, el artículo 363 del Código de Comercio tampoco permite que los intereses vencidos y no pagados devenguen intereses, facultando no obstante a las partes a capitalizarlos. En este tema tiene relevancia lo dispuesto por el artículo 2094 del CCDF, pues ordena

que las cantidades pagadas a cuenta de deudas con intereses no se imputarán al capital mientras hubiere intereses vencidos y no pagados, salvo convenio en contrario. En mi concepto la redacción del citado artículo 2397 del CCDF deja qué desear, pues dice que las partes no pueden convenir de antemano la capitalización de intereses, lo que *a contrario sensu* da a entender que después sí, pero no se especifica cuándo es ese después. La redacción del Código de Comercio es más feliz, pues estipula claramente que “*los intereses vencidos y no pagados no devengarán intereses*” pudiendo los contratantes capitalizarlos, lo que significa en mi criterio que primero deben existir intereses no cubiertos y luego sobrevenir el acuerdo de la partes para capitalizarlos. Haciendo comparación de esta disposición en los Códigos Civiles de los Estados de la República Mexicana, sólo los estados de Coahuila, Guerrero y Quintana Roo hacen alusión expresa al pacto de “anatocismo”. Las demás legislaciones dicen lo mismo que la del Distrito Federal, ya comentada.

## IX. OTROS ORDENAMIENTOS QUE RIGEN ESTA MATERIA

La Ley Federal de Protección al Consumidor ha incluido disposiciones relativas a los intereses, preferentemente en mi concepto para ventas a crédito en las que se cargan éstos, pero como incluye también la prestación de servicios, en vista de que está considerado el mutuo como una variedad de ésta, quedaría incluido en dichas disposiciones. Estas normas protectoras indican que el interés debe calcularse una vez que se ha restado el enganche; que sólo se podrán capitalizar intereses cuando exista acuerdo previo de las partes, y que los intereses se causarán exclusivamente sobre los saldos insolutos del crédito y se pagarán sólo por períodos vencidos (Arts. 67, 68 y 69). No debemos perder de vista que esta ley se aplica a la relación entre proveedores y consumidores (Art. 1º) y que por proveedores se entienden aquellas personas físicas o morales en términos de Código Civil Federal, que habitual o periódicamente ofrecen, distribuyen, venden, arriendan o conceden el uso o disfrute de bienes, productos y servicios (Art. 2º, frac. II). Como consecuencia de lo anterior, si el mutuo con interés no ha sido celebrado por un proveedor en los términos de esa ley, no serán aplicables sus reglas a dicho caso.

Antes de finalizar los aspectos que he querido resaltar acerca de este interesante contrato, debe tenerse presente que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 17, frac. XII, inciso A, subinciso e) de la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita, la celebración de este contrato ante notario, si no es realizado por instituciones del sistema financiero

mexicano o por un organismo público de vivienda, se considera actividad vulnerable y siempre será objeto de aviso a la Unidad de Inteligencia Financiera.

### CONCLUSIONES:

1. El consentimiento tácito sólo opera en el contrato de mutuo cuando la “*datio*” tiene un significado unívoco.
2. En los contratos de mutuo de dinero prácticamente nunca se devuelve otro tanto de la misma calidad ni a veces de la misma especie.
3. Fuera de quienes tienen capacidad para ejercer por sí mismos sus derechos y sus obligaciones, debe distinguirse al analizar dicho elemento de validez para otorgar el contrato de mutuo, si se da o si se recibe en mutuo.

### BIBLIOGRAFÍA

- CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIO DE LA BAJA CALIFORNIA DE 1870
- CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIO DE LA BAJA CALIFORNIA DE 1884
- CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL DE 1928
- CÓDIGOS CIVILES DE LAS ENTIDADES FEDERATIVAS DE LA REPÚBLICA MEXICANA
- CODIGO DE COMERCIO DE 1889
- IGLESIAS, Juan, Derecho Romano - Historia e Instituciones, 11ª. edición, Ed. Ariel, S.A., Barcelona, 1993.
- PETIT, Eugène, Tratado Elemental de Derecho Romano, traducido de la 9ª. edición francesa, Ed. Nacional, México, 1963
- LOZANO NORIEGA, Francisco, Cuarto curso de Derecho Civil – Contratos, 6ª. edición, Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A.C., México, 1994.
- SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, de los Contratos Civiles, 15ª. edición, Ed. Porrúa, México, 1997.
- ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel, Contratos Civiles, 13ª. edición, Ed. Porrúa, México, 2012.
- GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, Derecho de las Obligaciones, 6ª. edición, Ed. Cajica, S.A., Puebla, Pue., México, 1987.
- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, Derecho Civil – Contratos, 3ª. edición, Ed. Porrúa, México, 2007.
- BORJA SORIANO, Manuel, Teoría General de las Obligaciones, 14ª. ed. Ed. Porrúa, México, 1995.
- RICO ÁLVAREZ, Fausto y GARZA BANDALA, Patricio, Teoría General de las Obligaciones, 1ª. edición, Ed. Porrúa, México, 2005.

RICO ÁLVAREZ, Fausto y GARZA BANDALA, Patricio, de los Contratos Civiles, 2ª. edición, Ed. Porrúa, México, 2012.

CHIRINO CASTILLO, Joel, Contratos, 2ª. edición, Ed. Porrúa, México, 2011.

FIGUEROA LUIS, Mauricio, Contratos Civiles, 1ª. edición, Ed. Porrúa, México, 2007.

ROJINA VILLEGAS, Rafael, Compendio de Derecho Civil – IV – Contratos, 24ª. edición, Ed. Porrúa, México, 1996.

TREVIÑO GARCÍA, Ricardo, Los Contratos Civiles y sus Generalidades, 7ª. edición, Ed. Mc Graw Hill, México, 2008.

PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, Contratos Civiles, 12ª. edición, Ed. Porrúa, México, 2008.

CASTRILLÓN Y LUNA, Víctor M., Contratos Civiles, 1ª. edición, Ed. Porrúa, México, 2007.

BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, Obligaciones Civiles, 2ª. edición, Ed. Harla, México, 1983.

DE LA PEZA MUÑOZ CANO, José Luis, De las Obligaciones, 5ª. edición, Ed. Porrúa, México, 2009.

DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO, Ed. Porrúa, UNAM, 3ª. edición, México, 1989.

DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE DERECHO USUAL, 14ª. edición, Editorial Heliasta, S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 1979.

DICCIONARIO ILUSTRADO LATINO-ESPAÑOL – Español-Latino, 20ª. edición, Ed. Bibliograf, S.A., Barcelona, 1995

# ANÁLISIS DE LAS ACCIONES DE APORTE

---



## SUMARIO

### I. Marco Legal y Presupuestos Básicos para el desarrollo del trabajo

- A) Primer presupuesto básico. Las acciones como títulos de crédito
- B) Segundo presupuesto básico. El momento en que ocurre la transmisión de propiedad de los bienes
- C) Tercer presupuesto básico. La teoría de los riesgos
- D) Cuarto presupuesto básico. Exposición de motivos de la Ley general de sociedades mercantiles

### II. Las acciones de Aporte

- A) Primera interrogante
- B) Segunda interrogante
- C) Tercera interrogante
- D) Cuarta interrogante
- E) Quinta interrogante
- F) Sexta interrogante
- G) Séptima interrogante
- H) Octava interrogante
- I) Novena interrogante
- J) Décima interrogante
- K) Décima primera interrogante
- L) Décima segunda interrogante
- M) Décima tercera interrogante
- N) Décima cuarta interrogante
- O) Décima quinta interrogante
- P) Décima sexta interrogante

Conclusiones

# ANÁLISIS DE LAS ACCIONES DE APORTE

Armando Zacarías Ostos Zepeda

Notario No. 20 del D. F.

## I. MARCO LEGAL Y PRESUPUESTOS BÁSICOS PARA EL DESARROLLO DEL TRABAJO

Nuestro punto de partida es precisamente el artículo 141 de la Ley General de Sociedades Mercantiles que textualmente indica lo siguiente:

Las acciones pagadas en todo o en parte mediante aportaciones en especie, deben quedar depositadas en la sociedad durante dos años. Si en este plazo aparece que el valor de los bienes es menor en un veinticinco por ciento del valor por el cual fueron aportados, el accionista está obligado a cubrir la diferencia a la sociedad, la que tendrá derecho preferente respecto de cualquier acreedor sobre el valor de las acciones depositadas.

Sin embargo, antes de entrar al estudio de dicha disposición legal y de hacer un análisis de los alcances legales de la misma, en base a una serie de interrogantes que surgen al respecto, considero que es muy importante recordar una serie de presupuestos básicos que permitirán normar nuestro criterio y entender con mayor facilidad los cuestionamientos que en el presente trabajo se plantearán

### A) PRIMER PRESUPUESTO BÁSICO.

#### LAS ACCIONES COMO TÍTULOS DE CRÉDITO

Conforme al artículo 5° de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, éstos podemos definirlos como “*Los documentos necesarios para ejercitar el derecho literal que en ellos se consigna*”. Tomando en cuenta dicha definición legal, dichos títulos de crédito tienen tres características esenciales: la *Incorporación*, la *Literalidad* y la *Autonomía*. La doctrina, tomando en cuenta principios fundamentales que la propia Ley señala, añade otras características más, la *Legitimación* y la *Circulación*.

Analicemos estas características básicas:

1. **La Incorporación.**—Todo título de crédito tiene que tener la característica de la Incorporación, sin esa característica no es Título de Crédito. Tomando como base la anterior definición, los Títulos de Crédito se componen de dos principales partes: el valor que consignan y el soporte material que lo contiene, resultando de esta combinación una unidad inseparable.

La *Incorporación* del título de crédito implica que éste lleva precisamente incorporado un derecho, en tal forma, que el derecho va íntimamente unido al título y su ejercicio está condicionado por la exhibición del documento; sin exhibir el título, no se puede ejercitar el derecho en él incorporado, y su razón de poseer el derecho es el hecho de poseer el título. La Incorporación del derecho al documento es tan íntima que el derecho se convierte en parte del documento. Generalmente, los derechos tienen existencia independientemente del documento que sirve para comprobarlos y pueden ejercitarse sin necesidad estricta del documento, pero tratándose de títulos de crédito el documento es lo principal y el derecho lo accesorio. El derecho ni existe ni puede ejercitarse, si no es en función del documento y está condicionado por él.

Como excepciones en derecho mexicano a este principio de la Incorporación, tenemos aquellos títulos de crédito que están registrados en el Registro Nacional de Valores o los mismos Certificados de Participación Inmobiliaria que tienen efectos probatorios únicamente pero adolecen de los demás principios que caracteriza a los Títulos de Crédito.

¿Los Títulos de Crédito depositados en el Indeval (Institución privada que cuenta con autorización de acuerdo a la Ley del Mercado de Valores, para operar como Depósito Central de Valores), pierden su característica de la **Incorporación**? Podemos afirmar que sí, la realidad es que esos títulos que están depositados no son necesarios para poder ejercitar el derecho literal que en ellos se consigna ya que el propio Indeval expide una constancia del depósito, en términos del artículo 290 de la Ley del Mercado de Valores... esta constancia de depósito no es el título de crédito ya que tiene la **característica de ser no negociable** y es solamente un comprobante de que el título existe y se encuentra depositado en el Indeval; para poder asistir a una Asamblea el accionista cumple con su obligación al entregar la constancia de depósito expedida por el Indeval, para cobrar sus créditos, utilidades o dividendos de igual manera debe de exhibir la constancia de depósito; si la citada constancia de depósito se pierde, se tramita una constancia nueva mientras que si el título de crédito se pierde, ya no se puede ejercitar el derecho que en él se consigna hasta que se obtenga la reposición del mismo mediante el trámite judicial correspondiente.

En caso de que un título de crédito se pierda, podrá su titular ejercitar el derecho para reivindicarlo y recuperar la posesión del título y en esa reivindicación

se deberá de entender que se recuperan los derechos incorporados al título con todos los accesorios que le corresponden.

2. **La Literalidad.**—Hace referencia a que el derecho se medirá en su extensión y demás alcances legales, por la letra del documento, por lo que literalmente se encuentre en él consignado, ni más ni menos de lo que aparece escrito dentro del documento. Sin embargo dicha característica de literalidad puede ser contradicha por otro documento (por ejemplo, el acta constitutiva de una Sociedad Anónima, cuando haya contradicción entre dicho acto constitutivo y las acciones suscritas y pagadas por los accionistas fundadores de la Sociedad) o por la misma ley (la misma ley prohíbe la Letra de Cambio al portador, cuando así esté otorgada, ésta será nula).

3. **La Autonomía.**—No es propio decir que el título de crédito es **autónomo**, ni que sea **autónomo** el derecho incorporado en el título. Lo que debe decirse es que es autónomo es el derecho que cada titular sucesivo va adquiriendo sobre el título y sobre los derechos en él incorporado y la expresión autonomía indica que cada persona que va adquiriendo (o se le va transmitiendo, cediendo o endosando) el documento adquiere un derecho propio, distinto del derecho que tenía o podría tener quién le transmitió el título. Así se entiende la autonomía desde el punto de vista activo. Desde el punto de vista pasivo, es autónoma la obligación de cada uno de los signatarios de un título de crédito, porque dicha obligación es independiente y diversa de la que tenía o pudo tener el suscriptor del documento.

El artículo 71 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establece textualmente que “...*los títulos al portador que se encuentren en circulación, aún en contra la voluntad del suscriptor, deben pagarse...*” La ley no establece supuestos como la violencia física, chantaje, engaño, dolo, soborno en la emisión del documento... no pueden afectar la validez del título y por lo tanto deben de pagarse... los vicios del consentimiento no están presentes como causas de nulidad del título de crédito, a pesar de que su emisión proceda de un acto jurídico unilateral.

En un segundo punto de vista, podemos decir que los fines perseguidos, los motivos, los objetivos que se pretenden lograr al emitir un título de crédito no son importantes para determinar su cobro... podemos asegurar que desde el momento que se emite un título de crédito, éste tiene una existencia propia y separa completamente del negocio causal que le dio origen.

El tenedor de un título de crédito no conoce al emisor, ni le interesa su situación particular, el tenedor de un título lo único que quiere es tener seguridad de que el documento se pagará cuando llegue el plazo establecido y que su crédito quedará satisfecho, de acuerdo con el contenido mismo del título (la **Literalidad**).

Sin embargo podemos decir que existen como excepción, títulos de crédito que no gozan de una autonomía plena, que efectivamente están ligados al nego-

cio causal que les da origen, como es el caso de los pagarés con los cuales se documenta un crédito refaccionario o de habilitación o avío, como lo ha sostenido la Suprema Corte de Justicia en Tesis de Jurisprudencia del año de 1991.

Desde este punto de vista podemos decir que el principio de **autonomía** solamente surtirá efectos cuando el título de crédito se ponga en circulación y pase a manos de un tercero, ajeno al negocio causal que dio origen al título, ya que si el título de crédito se queda en manos del acreedor original, el que suscribe el título podrá oponerle las excepciones derivadas del negocio causal y además aquellas previstas en el artículo 8° de la misma Ley.

En realidad esta segunda forma de ver a la autonomía, para algunos juristas implica una nueva característica del título del crédito llamada **abstracción**, ya que el título de crédito precisamente se abstrae del negocio causal que le da origen... sobre este punto existen muchos autores que consideran a la abstracción como parte de la autonomía, otros que la distinguen plenamente, como lo hace efectivamente la Suprema Corte de Justicia en una jurisprudencia por contradicción de tesis de 1999, que establece precisamente que la **abstracción** es la desvinculación del título del negocio causal que le da origen, mientras que la **autonomía** implica la ventaja que tiene el tenedor del título, de que ante el requerimiento de pago, no le pueden oponer las excepciones personales del emisor del título y que provienen del negocio causal ya que a dicho tenedor del título le corresponde un derecho **autónomo** del derecho que tenía el primer acreedor del título en cuyo favor fue expedido precisamente por el emisor, pero que en virtud del principio de circulación, se convirtió en un derecho autónomo.

4. **La Legitimación.**—Es una consecuencia directa de la **Incorporación**. Para ejercitar el derecho es necesario “*Legitimarse*” exhibiendo el título de crédito. La legitimación tiene dos aspectos: uno activo y otro pasivo. La Legitimación activa consiste en la calidad que tiene el título de crédito de atribuir a su titular, es decir, a quien lo posee legalmente, la facultad de exigir del obligado en el título, la obligación que en él se consigna. La legitimación pasiva consiste en que el deudor obligado en el título de crédito cumple su obligación y por tanto se libera de ella, pagando a quien aparezca como titular del documento.

5. **Circulación.**—Un quinto elemento que no está considerado por la generalidad de los autores como tal es la **circulación**. Dicho elemento se refiere a que el título de crédito está destinado a circular, a transmitirse de una persona a otra, esa es una regla general que como siempre sucede, tiene excepciones, es decir títulos de crédito que no están destinados a circular, pero como excepciones a una regla o característica general.

La Sociedad es quien emite las acciones y los accionistas quienes las suscriben y pagan, el suscribir las acciones implica obligarse a su pago y dicho pago

puede realizarse de dos maneras que la propia Ley General de Sociedades Mercantiles establece, ya sea en numerario o en especie.

El capital social de una Sociedad Anónima está siempre dividido en acciones, que son precisamente títulos de crédito y cuya principal función es que circulen libremente y tienen un valor intrínseco. Cada acción tiene un valor nominal por lo tanto cada accionista de la sociedad debe de tener por lo menos una acción, salvo que se trate de acciones emitidas “*sin expresión de valor nominal*”, pero en este último caso, aun cuando el título de crédito no tenga expresado su valor nominal, éste se obtiene precisamente dividiendo el monto total del capital de la sociedad entre el número de acciones suscritas y pagadas.

Adicionalmente a las cinco características ordinarias de todo título de crédito, que analizamos anteriormente, las Acciones tienen otras características especiales que las distinguen precisamente de los demás títulos de crédito: La acción tiene dos características especiales y fundamentales: (i) Es el documento con el cual se comprueba fehacientemente la calidad de accionista; y, (ii) Es el documento necesario para el ejercicio de los derechos patrimoniales y corporativos que la misma confiere, de tal virtud que si el accionista no cuenta físicamente con el título, no puede ejercitar los derechos patrimoniales y corporativos que el mismo le confiere, salvo lo anteriormente indicado tratándose de acciones que están registradas en Registro Nacional de Valores y las depositadas en el Indeval.

Además de las características ordinarias y comunes de todos los títulos de crédito, las acciones en particular tienen la característica de ser títulos privados (ya que son expedidos por una persona jurídica de carácter privado como es el caso de una sociedad mercantil), es serial (las acciones se dividen en series dependiendo de la parte del capital social que representen o los tenedores que pueden ser titulares de las mismas, conforme a los estatutos de la sociedad) y además es principal ya que no depende de ningún otro derecho o título para existir, tiene una vida propia e independiente.

Adicionalmente a lo anteriormente expresado, en el foro, existe la discusión para determinar si las palabras “título valor” son sinónimas de “título de crédito”. Esta es una problemática que no tiene un consenso dentro de la Doctrina Mexicana. Realmente se trata de un problema de semántica: ¿es correcto denominarlos títulos de crédito o llamarlos entonces títulos valor?. La solución es práctica. La propia Ley General de Títulos de Crédito de 1932, los llama precisamente títulos de crédito y no títulos valor. La mayoría de los autores mexicanos sugieren el cambio de denominación a títulos valor ya que consideran que es un concepto más amplio. Dicha palabra título valor es la aparente traducción conceptual al español de la palabra alemana “*Wertpapier*”, sin embargo no es una traducción correcta ya que si se hubiera hecho una traducción literal de dicha palabra significaría “*efecto negociable*”. En el derecho alemán no existe el concepto “*Título*

*Valor*”, como se le quiere dar en México. En el derecho alemán existe actualmente una tendencia a regresar al concepto original de los títulos de crédito, tal y como nosotros en el derecho mexicano lo tenemos.

En el párrafo anterior indicamos que el concepto título valor es un concepto más amplio que la denominación título de crédito, por las siguientes razones:

- El documento en el que se contiene el título, *per se* tiene un valor... existen un sinnúmero de valores que pueden ser representados en el título, como es el derecho a votar en una asamblea, el derecho sobre determinada mercancía, un derecho de crédito, un derecho real, etc...
- La palabra valor puede significar dinero, pero no solo éste, sino otros valores como es la confianza y protección legal de que el derecho incorporado al documento tiene un valor, un significado, es cobrable, es exigible... es decir, la protección del derecho es la coercibilidad.

Un valor es en una definición económica, todo aquel bien que es útil al hombre ya que satisface una necesidad... Ahora bien, en doctrina algunos juristas han tratado de distinguir entre esos dos términos de “título valor” y “título de crédito”... La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito solamente utiliza esa terminología “título de crédito” y solamente en un par de ocasiones utiliza la palabra valor... algunos distinguen que el título de crédito tiene la característica de ser autónomo, es decir, no está ligado al negocio causal que le da vida mientras que el título valor si está ligado a dicho negocio causal... otros opinan que la distinción es solamente de origen ya que el término “título de crédito” viene de los Italianos, que fueron las posturas que fueron tomadas en cuenta al momento de crear la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, mientras que la terminología “título valor” es de origen alemán que es el derecho del cual proviene la Ley del Mercado de Valores y la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos... Otros han manifestado que los títulos de crédito solamente pueden representar un derecho de carácter personal, pero esa afirmación no es del todo cierta ya que existen títulos de crédito, como el Bono de Prenda que ampara derechos reales, lo que para algunos implica que la terminología correcta no debería ser “título de crédito” que *per se* evoca a un derecho personal, sino título de pago que es una concepción mas amplia, englobando tanto a derechos personales (créditos) como reales... La Ley del Mercado de Valores utiliza las palabras título valor como sinónimo de título de crédito... otros juristas distinguen entre estos dos conceptos, basados en lo que representan, es decir, consideran que un título de crédito precisamente representa un crédito, ya que su nombre así lo indica, es decir, un derecho de carácter personal... los títulos valor no representan ningún crédito ni derecho personal sino un valor, un monto, una determinada cantidad de dinero.

Cabe aclarar que la jurisprudencia, la ley especial que las regula, las resoluciones de los tribunales, los reglamentos y circulares administrativas utilizan invariablemente el término “título de crédito” y no el concepto más actual de “título valor” a que alude la Ley del mercado de Valores.

Llámense como quiera, una cosa si es esencial, en estos títulos está presente siempre el elemento **confianza**, de que el título representa un derecho y de que el que lo emite lo va a cumplir, restituir o respetar, lo que necesariamente implica un crédito, *credere*, creer, razón por lo cual la denominación título de crédito es correcta.

Sobre este punto en concreto existe una discusión en el sentido de determinar si efectivamente las acciones que emite una sociedad mercantil son títulos de crédito y si como tales, les aplicamos las reglas de éstos o si no son títulos de crédito o si por el contrario debemos de considerarlas como títulos valor, distintos de los títulos de crédito.

Analícemos algunos puntos importantes para normar nuestro criterio:

a) La acción tiene un valor nominal (establecido conforme el capital social) y un valor real (de acuerdo con el patrimonio de la sociedad y el valor en libros que el mismo representa)... no es común que en una sociedad coincidan plenamente el monto del capital social con el patrimonio de la misma.

b) Las acciones como **parte del capital social**, tienen la característica de ser **Indivisibles**, tienen igualmente una cuantía mínima e idéntica de tal manera que todas las acciones que se emitan deben de tener igual valor nominal y deben de tener un titular, es decir, son Nominativas... *la reforma de la Ley General de Sociedades Mercantiles de 1982 estableció que ya no podrían emitirse acciones al portador ni se podrán hacer endosos en blanco de los títulos de las acciones, salvo el caso de aquellas acciones que se inscriben en la Comisión Nacional de Valores y se coloquen entre el gran público inversionista a través de la Bolsa Mexicana de Valores...A partir de 1º de Enero de 1985, ya no podía circular ningún título al portador ya que se debió de haber hecho la conversión a títulos nominativos... tampoco se podrán ejercitar los derechos en ellos incorporados ni cobrar dividendos o utilidades.*

c) Las acciones como **títulos valor**, implica que la acción tiene implícito e incorporado a ella el derecho y que dicho derecho tiene un valor, es decir, es susceptible de determinarse económicamente, que represente alguna cantidad de dinero o un beneficio de carácter patrimonial (valuable).

Las acciones las podemos clasificar en dos grandes rubros, las acciones **propias** que son aquellas que efectivamente representan una parte del capital social de una Sociedad Anónima y las acciones **impropias** que aún cuando utilizan para su denominación la palabra “*Acción*”, realmente no representan una parte del capital de una Sociedad Anónima, como es el caso de las acciones de goce, las



acciones de trabajo o las acciones de tesorería. No es materia del presente trabajo hacer un análisis detallado de los distintos tipos de acciones, por lo que podemos remitirnos, en caso de requerir su estudio a cualquier libro de Sociedades Mercantiles.

Nuestro estudio se enfoca de manera especial a un tipo de acciones que son aquellas que son pagadas en **especie**, a las que también se les denomina acciones de **aporte**, las cuales deben reunir ciertas características especiales que creo importante señalar:

a) Estar **íntegramente suscritas y pagadas**... no pueden pagarse solamente en parte, siempre están liberadas ya que la Ley no permite que se paguen en parte como sucede con las acciones cuyo pago se hace en numerario;

b) Siempre se quedan **depositadas en la Tesorería de la Sociedad** por el término de dos años y no pueden transmitirse (entiéndase “Circular”) durante dicho lapso de tiempo;

c) De acuerdo con el artículo 11 de la misma Ley General de Sociedades Mercantiles, cuando haya una aportación de un bien a la sociedad, se entenderá traslativa de dominio y por lo tanto, dependiendo de la naturaleza del bien que se está aportando a la sociedad y con el cual se están suscribiendo y pagando las acciones de “Aporte”, se deben cumplir los requisitos de forma de la citada transmisión... si la transmisión es de un bien inmueble, debe ésta constar en escritura pública y por lo tanto debe otorgarse ante Notario.

Por último, una problemática especial de las acciones: ¿Que sucede si una acción es propiedad de dos personas, creándose la figura de la copropiedad?... Es evidente que las acciones, como bienes muebles, pueden tener como titulares a dos o más personas. La copropiedad en las acciones puede tener tres fuentes distintas: **(i)** Una fuente contractual, cuando en el acto de adquisición de la acción, dos o más personas la adquieren en copropiedad, entendiéndose que son copropietarios, pro indiviso y por partes iguales, salvo que en el acto de adquisición se especifique que las proporciones en la copropiedad son desiguales, debiendo nombrar por mayoría un representante común para el ejercicio de los derechos corporativos inherentes al título accionario; **(ii)** Una situación *mortis causa*, cuando dentro de los bienes que integran el acervo hereditario del *de cuius* se encuentran precisamente acciones de una sociedad, éstas pertenecerán a los herederos, cuando sean mas de uno, se les considerará como comuneros, en la misma proporción que sus derechos hereditarios, hasta el momento en que se haga la partición de los bienes en donde seguramente el título de las acciones corresponderá a uno solo de los herederos, en plena y absoluta propiedad. Hasta antes de la partición de los bienes, quien ejercita los derechos inherentes a la acción, será el Albacea de la sucesión; y, **(iii)** Cuando la copropiedad de una acción nace de una decisión de la Asamblea de Accionistas, como en el caso del llamado **split inver-**

**tido**, en donde la misma Asamblea aumenta el valor nominal de las acciones, creando copropiedad entre las mismas... una acción antes valía mil pesos y ahora vale diez mil pesos... el tenedor de una acción de Un Mil Pesos, ahora será copropietario en una proporción de un 10% de una acción de Diez Mil Pesos, ante dicha copropiedad, se deberá de nombrar a un representante común por la mayoría de los copropietarios, para que ejercite los derechos corporativos inherentes al título accionario; con este mecanismo se busca sacar de la jugada a un accionista minoritario, dejándolo sin voz ni voto en las Asambleas; en este caso podemos aplicar lo que establece el artículo 195 de la Ley General de Sociedades Mercantiles que dicta que ninguna resolución que afecte a los accionistas puede tomarse sin la aprobación previa de éstos, es decir, para que pueda haber una modificación en el valor nominal de las acciones y crear una copropiedad entre accionistas cuando antes no la había, se requiere el voto favorable de aquel accionista que pudiera resultar afectado por la decisión, es decir, aquel accionista minoritario al que se le pretende convertir en copropietario en un porcentaje menor.

#### B) SEGUNDO PRESUPUESTO BÁSICO. EL MOMENTO EN QUE OCURRE LA TRANSMISIÓN DE PROPIEDAD DE LOS BIENES

Debemos de partir del principio general en materia de obligaciones y contratos y que se encuentra establecido en el artículo 2,014 del Código Civil aplicable para el Distrito Federal, que establece que justamente al momento mismo en que hay un acuerdo entre el precio y la cosa, opera la transmisión de propiedad de los bienes objeto del contrato. El texto de dicho artículo es el siguiente: *“En las enajenaciones de cosas ciertas y determinadas, la traslación de la propiedad se verificará entre los contratantes por mero efecto del contrato, sin dependencia de tradición ya sea natural, ya sea simbólica, debiendo de tenerse en cuenta las disposiciones relativas del Registro Público”*

Cuando estamos en presencia de un acuerdo entre precio y cosa y ésta tiene el carácter de ser cierta y determinada, opera la transmisión de propiedad de dichos bienes, de pleno derecho, sin que las partes lo pacten o manifiesten su voluntad en ello, es decir, la transmisión de propiedad surte efectos independientemente de la voluntad de las partes.

Cuando las cosas **no** son ciertas y determinadas, entonces no opera la transmisión de la propiedad hasta que las cosas se determinen en relación con su especie, cantidad y/o calidad, aplicando el artículo 2,015 del Código Civil para el Distrito Federal

El artículo 2,014 nos aclara que debemos de considerar varios momentos distintos, un primer momento es cuando opera efectivamente la transmisión de

propiedad (efecto real de los contratos) que es precisamente al acuerdo entre las partes sobre el precio y la cosa es cierta y determinada. Un segundo momento muy distinto es cuando se formaliza dicha transmisión de propiedad en escritura pública, tratándose de bienes inmuebles y otro momento distinto es cuando se entrega la posesión material y física de los bienes a quien se le transmite la propiedad de los mismos.

Interpretando el mencionado artículo 2,014 en materia de Sociedades, podemos decir que la transmisión de propiedad de los bienes aportados (siempre ciertos y determinados) a una Sociedad, en pago de acciones de “*Aporte*”, opera de manera distinta en los dos casos siguientes:

a) Si la aportación se hace justamente al momento de constituir la Sociedad, la transmisión de propiedad opera al momento en que se hace esa aportación de bienes a la sociedad en suscripción y pago de las acciones emitidas con motivo del capital inicial de la sociedad y que coincide con el otorgamiento de la escritura pública en donde consta la constitución de la Sociedad. En este supuesto que estamos analizando siempre coincide el momento de la transmisión de la propiedad con el de la formalización en escritura pública... ¿No puede ser antes? ¿Cuándo se pusieron de acuerdo?... Considero que la respuesta es siempre en sentido negativo ya que no se pueden poner de acuerdo dos partes cuando una de ellas no existe todavía jurídicamente, podrán ponerse de acuerdo los accionistas entre sí pero no con la sociedad que se constituye y a la cual se le transmite la propiedad de los bienes aportados ya que ésta precisamente se constituirá al mismo momento en que se haga la aportación de bienes... no puede haber un acuerdo de voluntad previo, es imposible.

b) Si la aportación se hace una vez que la sociedad está ya constituida, aportando bienes en suscripción y pago de acciones emitidas con motivo de un aumento de capital social, entonces sí, la transmisión de propiedad de los bienes aportados operaría cuando se dé el acuerdo entre el accionista aportante y la sociedad que emite las acciones de “*Aporte*” y dicho acuerdo deberá de ser en relación a determinar claramente cuáles serán los bienes aportados, su valor y el monto y valor de las acciones que se suscribirán y pagarán mediante dicha aportación de bienes, independientemente del momento en que dicha aportación de bienes se formalice en escritura pública o se entreguen los bienes en posesión a la Sociedad. En este supuesto que estamos analizando no siempre coincide el momento de la transmisión de la propiedad con el de la formalización en escritura pública.

¿La aportación de bienes debe de constar siempre en escritura pública ante Notario? No necesariamente, si se trata de bienes inmuebles, la aportación deberá de constar generalmente en escritura pública ante Notario, salvo que el valor

de dichos inmuebles sea menor al equivalente a 365 veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal.

Si la aportación es exclusivamente de bienes muebles, bastará con que conste por escrito únicamente, sin que se requiera el requisito de forma de constar en escritura pública, salvo el caso de que dicha aportación de bienes muebles se haga al momento de constituir la sociedad, en cuyo evento, deberá de constar en escritura pública, pero no por ser un requisito de formalidad de la aportación misma, sino que esa es la forma que requiere la constitución de la Sociedad para poder ser inscrita en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio del domicilio social.

Una vez que opera la transmisión de propiedad de los bienes aportados a la Sociedad, ésta se convierte en única y exclusiva propietaria de los mismos. Salen del patrimonio del accionista que aporta, los bienes aportados e ingresan a éste acciones representativas del capital de una sociedad anónima, es decir, dentro del patrimonio del accionista aportante, hay una sustitución real de bienes, salen unos bienes (muebles o inmuebles) e ingresan otros bienes que son precisamente las acciones de “Aporte” representativas del capital social de una Sociedad Mercantil. En la Sociedad, entran a formar parte de su patrimonio, todos y cada uno de los bienes aportados. Dicho patrimonio de la sociedad se ha incrementado precisamente en la misma medida que valen los bienes aportados.

### C) TERCER PRESUPUESTO BÁSICO. LA TEORÍA DE LOS RIESGOS

La Teoría de los riesgos se enuncia en base al principio general “*Las cosas perecen para su dueño*”, es decir, el riesgo por la pérdida de la cosa la tiene siempre el dueño de la misma, su propietario.

Claro está que en base a dicho principio esencial debemos de hacer tres precisiones:

a) De conformidad con el artículo 2,021 del Código Civil, la pérdida de la cosa implica tres supuestos distintos: (i) Que la cosa perezca; (ii) Que la cosa quede fuera del comercio; y, (iii) Que la cosa desaparezca de tal manera que no se tenga noticia de ella o teniendo noticias, la cosa no se pueda recuperar.

b) Partimos siempre, al hablar de la teoría de los riesgos, de que la pérdida del bien se verifique por caso fortuito o fuerza mayor, es decir, sin que en dicha pérdida del bien medie culpa o negligencia de alguna persona, ya que, en caso de que la pérdida de la cosa se verifique mediando culpa o negligencia de alguna persona, sea parte en el contrato o un tercero, **no** estamos en presencia de una real teoría de los riesgos sino de una responsabilidad civil contractual o extracontractual, que puede tener su fuente en el incumplimiento de un contrato o en un

hecho ilícito con fundamento en los artículos 1,910 y 1,915 del Código Civil para el Distrito Federal y aplicando siempre las consecuencias previstas en el artículo 2,017 del Código Civil antes mencionado.

c) El caso fortuito o fuerza mayor, implica una situación ajena a las partes, implica un hecho de la naturaleza o del hombre que tiene la característica de ser general, imprevisible y que afectaría a todos por igual, es decir, cualquier persona que se encuentre en posesión del bien hubiera sufrido la misma pérdida o deterioro.

Como antes lo establecimos, desde el momento en que se hace la aportación de un bien a una sociedad, en suscripción y pago de acciones de “*Aporte*”, o antes, si es que ha habido un acuerdo previo entre los bienes aportados, su valor y el monto y valor de las acciones que se suscribirán y pagarán mediante dicha aportación de bienes, opera la transmisión de propiedad en favor de la Sociedad, en virtud del cual, la Sociedad que emitió las acciones se convirtió en propietaria de los bienes aportados y es ella quien asume el riesgo en caso de pérdida de los bienes por caso fortuito o fuerza mayor.

Pero ese riesgo también lo debe de correr en caso de que los bienes no se pierdan sino que solamente se deterioren, es decir, disminuyan en su valor, esto debido a un caso fortuito o fuerza mayor.

Pero no todo lo podemos ver desde el punto de vista negativo, sino que debemos también verlo desde el punto de vista positivo, ya que es evidente que si el bien incrementa su valor, esa mejora o beneficio también es a favor del propietario del bien.

Lo mencionado en los tres párrafos anteriores nos lleva a concluir que el aportante de los bienes, ya dejó de ser propietario de los mismos y por lo tanto no toma ningún riesgo ante la pérdida de los bienes o su deterioro, ni tampoco puede beneficiarse en forma alguna de los incrementos de valor que los bienes tengan.

¿En las acciones de “*Aporte*” opera la teoría de los riesgos tal y como anteriormente la analizamos?... de entrada podemos decir que no opera tal y como la analizamos anteriormente y en una primera impresión podríamos decir, inclusive, que se trata de una excepción a la regla general, en donde la transmisión opera efectivamente a favor de la Sociedad pero ésta no asume los riesgos derivados de la pérdida o deterioro de la cosa hasta que no se le haga entrega de la posesión material de la misma y haya transcurrido el plazo de dos años a que se refiere el artículo 141 de la Ley General de Sociedades Mercantiles... pero se trata de una primera impresión que detallaremos más adelante en el presente estudio y que no necesariamente es correcta.

#### D) CUARTO PRESUPUESTO BÁSICO. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES

La Ley General de Sociedades Mercantiles fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 4 de agosto de 1934 por el entonces Presidente de la República, el General Abelardo R. Rodríguez, a quien el Congreso de la Unión le confirió facultades extraordinarias en materia legislativa para la expedición, publicación y promulgación de dicha ley, es decir, la Ley General de Sociedades Mercantiles no pasó por un proceso legislativo ordinario que implica la revisión de proyectos y exposiciones de motivos. Parece extraño, pero la Ley no tiene en sí una exposición de motivos (así lo corrobora el estudio realizado por la Secretaría de Gobernación con número 0152-SEGOB, de fecha 9 de enero del 2006, folio 0000400001506), sino tan solo una serie de fundamentos y razonamientos que el Presidente de la República redactó someramente al momento de publicación de la Ley en el Diario Oficial de la Federación.

Dichos fundamentos y motivos establecen en forma ambigua y general la razón de las reformas fundamentales al Código de Comercio para crear la Ley General de Sociedades Mercantiles pero sin establecer detalladamente y de forma específica los motivos que le llevaron al Ejecutivo Federal a redactar cada uno de los artículos que integran la Ley y concretamente el artículo 141 de la citada Ley en los términos antes mencionados.

Habiendo hecho un breve estudio de los derechos español, francés y argentino, podemos, comparativamente, establecer que la redacción del citado artículo 141 de la Ley General de Sociedades Mercantiles se realizó de dicha forma buscando ante todo evitar que las acciones de “Aporte” circularan y así saber siempre a quien se le podría cobrar el pago del faltante para el caso de que el valor de los bienes aportados fuera inferior al cual fueron tomados éstos al momento de hacerse la aportación. El hecho que quedaran en depósito dichas acciones de “Aporte”, evitaban que las acciones pudieran ser negociadas y circularan... esa es precisamente la *ratio legis* de la redacción de la disposición legal aludida y es uno de los puntos esenciales y de partida del presente trabajo.

## II. LAS ACCIONES DE APORTE

Como antes lo establecimos, las acciones de aporte, son aquellas que *son pagadas por su suscriptor en todo o en parte mediante aportaciones en especie*. Efectivamente estas acciones de aporte no son pagadas en su totalidad con numérico. Dichas acciones de aporte están reguladas en el artículo 141 de la Ley General de Sociedades Mercantiles que textualmente indica lo siguiente: “Las

*acciones pagadas en todo o en parte mediante aportaciones en especie, deben quedar depositadas en la sociedad durante dos años. Si en este plazo aparece que el valor de los bienes es menor en un veinticinco por ciento del valor por el cual fueron aportados, el accionista está obligado a cubrir la diferencia a la sociedad, la que tendrá derecho preferente respecto de cualquier acreedor sobre el valor de las acciones depositadas”*

Analicemos y contestemos algunas interrogantes que la redacción del mencionado artículo nos presenta:

#### A) PRIMERA INTERROGANTE

¿A que nos referimos con la palabra numerario?. Considero que debemos de considerar a la palabra numerario como sinónimo de dinero, se refiere al efectivo. También debemos de considerar como *numerario* el pago de acciones hecho mediante un cheque, dólares, euros u otra moneda extranjera. Debemos de considerar que el pago de acciones realizado de alguna de las formas anteriormente mencionadas, se trata pues de acciones liberadas pagadas en numerario a las cuales no se les aplican las reglas del artículo 141 de la mencionada Ley General de Sociedades Mercantiles, ya que, en este caso se utiliza al cheque o a la moneda extranjera como un medio de cambio con poder liberatorio pleno, es decir, que representan dinero efectivo.

Por lo tanto, podemos afirmar que las acciones de aporte son aquellas que son pagadas por su titular con cualquier otro bien que no sea el numerario. Dentro de este supuesto entran todo tipo de bienes, muebles o inmuebles, fungibles o no fungibles, consumibles o no consumibles, corpóreos e incorpóreos, no hay aparentemente distinción alguna.

El texto legal establece, “...*acciones pagadas en todo o en parte mediante aportaciones en especie...*”, es decir, parte del pago de las acciones se puede hacer en numerario, pero basta con que esté presente en el pago tan solo un bien que no sea numerario, sino un bien distinto del numerario para que las acciones sea consideradas como acciones de “*Aporte*”... El texto legal no establece mínimos ni máximos, basta un solo bien distinto del numerario para que se les apliquen las reglas del citado artículo 141 de la Ley.

#### B) SEGUNDA INTERROGANTE

¿A que bienes se refiere la ley cuando utiliza la palabra especie?. Considero que se refiere a cualquier bien distinto del numerario, bienes muebles e inmuebles, fungibles o no fungibles, consumibles y no consumibles, corpóreos o incorpóreos, es decir cualquier bien dentro de la clasificación de los mismos, salvo los

bienes mostrencos y vacantes ya que es requisito esencial que los bienes sean del aportante de los mismos, es decir, deben de tener un dueño cierto que es precisamente dicho aportante de los bienes y quien suscribe y paga las acciones de “Aporte”.

Imaginemos un caso práctico, en donde una persona aporta al momento de constituir una Sociedad Anónima, un bien inmueble cuyo valor de avalúo es de \$1'000,000.00 (Un Millón de Pesos, Moneda Nacional) y la sociedad le entrega acciones de “Aporte” representativas del capital social que equivalen precisamente a la cantidad de \$1'000,000.00 (Un Millón de Pesos, Moneda Nacional). En este primer caso no podemos más que aplicar el citado artículo 141 de la Ley General de Sociedades Mercantiles y las acciones que se emitan serán precisamente acciones de “Aporte” y deben quedar depositadas en la sociedad durante el plazo de dos años.

Sobre este caso planteado podemos hacernos una serie de interrogantes:

¿En que momento operó la transmisión de propiedad del inmueble aportado a la sociedad con el que se pagaron las acciones de “Aporte”? La solución a esta interrogante es fácil, pues precisamente al momento en que se aportó el bien a la sociedad, no antes ya que la sociedad no podía ponerse de acuerdo anteriormente ya que ésta no existía. En el momento de constitución de la sociedad que es justamente el mismo momento en que se aportó el bien a la misma, operó la transmisión de propiedad a favor de la sociedad, de tal manera que el accionista aportante dejó de ser propietario del inmueble y operó la transmisión de propiedad plena a favor de la sociedad misma, que se convirtió en propietaria del inmueble.

Dicha transmisión de propiedad implicó también que, en caso de que el mencionado inmueble se perdiera o deteriorara por caso fortuito o fuerza mayor, quien debía sufrir dicha pérdida o deterioro es precisamente la sociedad, aplicando la máxima “*res peri domino*” y nunca el accionista que aportó el inmueble a la sociedad, quien ya dejó de ser propietario del mismo. Igual sucederá en caso contrario, si el inmueble aportado se mejora o aumenta de valor por un caso fortuito, quien se beneficia de dicha mejora o aumento de valor es la sociedad y nunca el accionista que aportó el inmueble a la sociedad, quien ya dejó de ser propietario del mismo.

¿Por qué entonces, el artículo 141 de la Ley General de Sociedades Mercantiles establece textualmente “...*Si en este plazo aparece que el valor de los bienes es menor en un veinticinco por ciento del valor por el cual fueron aportados, el accionista está obligado a cubrir la diferencia a la sociedad, la que tendrá derecho preferente respecto de cualquier acreedor sobre el valor de las acciones depositadas*”?.. ¿Se trata de una excepción al principio general de la teoría de los riesgos?... Yo considero personalmente que no lo es ya que considero que el supuesto que plantea el mencionado artículo 141 de la Ley precitada no correspon-



de al caso previsto en la teoría de los riesgos. Como antes lo mencionamos, la teoría de los riesgos opera solamente en caso fortuito o de fuerza mayor, nunca ante un incumplimiento culposo o doloso. Cuando el citado artículo 141 establece “... *aparece que el valor de los bienes es menor en un veinticinco por ciento del valor por el cual fueron aportados...*” se refiere precisamente a que el accionista que aportó el bien, falseó el valor del mismo al momento de su aportación a la sociedad y por lo tanto, estamos ante una situación de carácter culposo o doloso, en donde es justo que el accionista tenga que pagar la diferencia que exista, pero ese supuesto es muy diferente a aquel en donde el bien pierde valor (se deteriora o se pierde) por caso fortuito o fuerza mayor, en donde no hay culpa alguna por parte del accionista que lo aportó ni se falseó ningún tipo de información o valor, en este segundo supuesto, quien sufre la pérdida o deterioro del inmueble es precisamente la sociedad, aplicando la máxima “*res peri domino*”.

¿Puede falsearse un valor de aportación de un bien cuando se trata de un inmueble?... Yo considero que no, ya que esa aportación a la sociedad se hizo tomando como base un avalúo practicado por un perito debidamente autorizado para ello y el cual fue la base para el cálculo de impuestos y para determinar el valor de las acciones que a su vez se entregarán al accionista aportante. En este caso, creo que no podemos hablar de falsedad en los valores e información respecto del inmueble ya que la transmisión se hizo no en base a valores e información proporcionada por el accionista aportante sino por un tercero que además es perito en la materia. Siguiendo este orden de ideas, no sería posible cuando el pago de las acciones se realiza mediante la aportación de un inmueble y en escritura pública, que se aplicara al accionista aportante la consecuencia de pago que establece el multimencionado artículo 141 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, sino que, en caso de que dentro del plazo de dos años, el bien se perdiese o deteriorara, quien sufre dicha pérdida o deterioro es la sociedad propietaria del mismo.

Caso distinto sería si los bienes que se aportaron a la sociedad son muebles y dicha aportación se hizo tomando como base el valor y la información que el accionista aportante proporcionó. En este caso, considero que sí podríamos caer dentro del supuesto de falsedad en los valores e información respecto de los bienes aportados ya que la transmisión se hizo en base a valores e información proporcionada por el accionista aportante y en caso de que dichos bienes sufrieran un decremento en su valor dentro del plazo de dos años establecido, debemos de aplicar la consecuencia que establece el multimencionado artículo 141 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, en donde el accionista aportante deberá de pagar a la sociedad el faltante, como una sanción ante tal falsedad. Nótese que se trata de un pago por indemnización ante una responsabilidad extracontractual que establece la propia Ley General de Sociedades Mercantiles, esa es la razón por la

cual el citado artículo establece un *derecho de preferencia* de la sociedad para cobrar esa indemnización frente a cualquier otro acreedor de derecho común.

Es muy importante tomar en cuenta lo que establece el artículo 6º de la Ley General de Sociedades Mercantiles que indica “*La escritura constitutiva de una sociedad deberá contener... VI.- La expresión de lo que cada socio aporte en dinero o en otros bienes; el valor atribuido a éstos y el criterio seguido para su valorización...*”. Por lo tanto, se debe de indicar claramente cuál fue el criterio seguido para tomar los valores de los bienes aportados, cuando se trate de muebles o el valor del avalúo, cuando se trate de inmuebles.

### C) TERCERA INTERROGANTE

¿A que parte de la sociedad se refiere la Ley con las palabras “...*deben quedar depositadas en la sociedad durante dos años...*”?... Creo que realmente no se usan las palabra adecuadas, debemos de interpretar que las acciones se quedarán depositadas en la Administración de la Sociedad, es decir, a cargo del órgano de administración que se hubiere elegido (Administrador General Único o un Consejo de Administración)... ellos serán quienes se encargarán de tener en depósito las acciones de “*Aporte*” y además asumir las obligaciones de guardar y cuidar las acciones para entregarlas una vez que transcurra el plazo de dos años establecido por la Ley a los accionistas que sean titulares de las mismas.

Cabe recordar que el depositario no tiene el carácter de ser un administrador de bienes, sino solamente tiene la obligación de conservar material y jurídicamente las acciones que se le han encomendado.

¿Se trata entonces de un verdadero contrato de depósito?. Yo considero que no lo es, ya que desde su propia naturaleza jurídica, el contrato requiere el consentimiento entre ambas partes (depositante y depositario), es decir, aportante y sociedad depositaria, situación que no está prevista de esa forma en la Ley General de Sociedades Mercantiles en donde, de acuerdo con el artículo 141, el que las acciones de “*Aporte*” queden en depósito es consecuencia misma de que las mismas hayan sido pagadas en todo o en parte en especie, no se requiere consentimiento alguno de las partes involucradas... además, si fuera un verdadero contrato de depósito, la Sociedad tendría derecho de cobrar una remuneración, de acuerdo con el artículo 2,517 del Código Civil para el Distrito Federal.

Cuando la ley utiliza las palabras “...*deben quedar depositadas en la sociedad durante dos años...*” me parece que se está refiriendo a que la sociedad se quedará con las acciones para su resguardo por dicho plazo de dos años, pero no a que realmente se celebre un contrato de depósito entre el accionista aportante y la sociedad misma.

#### D) CUARTA INTERROGANTE

¿Por qué un plazo de dos años?...el plazo señalado es para verificar que efectivamente los bienes aportados tengan el valor asignado al momento de su aportación a la Sociedad, es un plazo que estableció el legislador a su amplio criterio considerando que en ese plazo, la sociedad ya podría saber a ciencia cierta si el valor de aportación de los bienes era el correcto o el accionista que los aportó falseó los valores correspondientes. El legislador pudo establecer un plazo menor o mayor, no hay base real para el criterio de los dos años.

#### E) QUINTA INTERROGANTE

¿Cómo interpretamos las palabras “...*Si en este plazo aparece que el valor de los bienes es menor en un veinticinco por ciento del valor por el cual fueron aportados...*”?

La redacción legal no es la más afortunada... Lo que quiso decir el legislador, según puedo interpretar, es que cuando la diferencia entre el valor de los bienes aportados al momento de su aportación y el valor de los mismos bienes antes de llegar al plazo de dos años, haya sido mayor a un 25% (veinticinco por ciento), entonces el accionista aportante que falseo los valores de aportación de manera culposa o dolosa, deberá de pagar dicha diferencia de valores a la sociedad para poder conservar sus acciones. Como ya lo manifestamos anteriormente ese pago no es una aportación complementaria por que no se trataba de acciones no liberadas o no pagadas en su totalidad, sino una indemnización que la sociedad tiene derecho a cobrar ante dicho falseo de valores.

#### F) SEXTA INTERROGANTE

¿Y si el accionista aportante no paga la diferencia?... como anteriormente lo indicamos, la naturaleza jurídica de dicho pago de “diferencia” es precisamente una indemnización por una responsabilidad civil, razón por la cual, en caso que dicho accionista aportante de los bienes, no pague a la Sociedad la cantidad de dinero que corresponde a dicha diferencia de valores, la sociedad tendrá una acción para demandar el pago de la mencionada indemnización e inclusive podría compensar con el accionista aportante de los bienes, los dividendos y/o utilidades que se hubieren generado como tenedor de las acciones y el pago de la diferencia correspondiente.

Creo oportuno hacer ver que la fuente de dicha acción para lograr el pago de la diferencia como indemnización, es un hecho ilícito (artículos 1,910 y 1,915 del Código Civil para el Distrito Federal), y no el incumplimiento de una obli-

gación nacida en un contrato bilateral (artículo 1,949 del Código Civil para el Distrito Federal), ya que en éste último caso, la aportación que se hizo como acto traslativo hacia la sociedad, no podrá rescindirse ante la falta de pago de dicha indemnización.

#### G) SÉPTIMA INTERROGANTE

¿Cuánto tiempo tiene el accionista aportante para pagar dicha diferencia?. La Ley General de Sociedades Mercantiles no establece un plazo para que se realice dicho pago, razón por la cual debemos de tomar en cuenta dos disposiciones legales: (i) El Código Civil para el Distrito Federal establece una regla general aplicable a todo tipo de obligaciones en donde no se señala plazo, en términos del artículo 2,080 del citado Código; y, (ii) El Código de Comercio establece en el artículo 83 la regla especial para el caso de obligaciones de carácter mercantil, como es la obligación que ahora nos ocupa, señalando un plazo de diez días, contados a partir de que nace la obligación de pago, es decir, cuando se haya determinado la diferencia de valores por parte de la sociedad.

#### H) OCTAVA INTERROGANTE

¿Y si hubo tan solo un error en los valores con los cuales se llevó a cabo la aportación inicial? ¿Si no hubo la intención de sacar provecho alguno? ¿Cómo se hace la corrección?

Cabe mencionar que el Código Civil para el Distrito Federal, clasifica a la figura del error como vicio del consentimiento en tres grandes rubros: (i) Aquellos que dan lugar solamente a su corrección sin que afecten la validez del acto jurídico celebrado, como es el caso del error indiferente (sobre una cláusula accesorias del contrato) o el error de cálculo; (ii) Aquellos que dan lugar a la nulidad del acto celebrado, como es el caso del error nulidad cuando éste recae en el motivo determinante de la voluntad de los contratantes, precisamente al momento de celebrar el contrato; y (iii) Aquel error que da lugar a la inexistencia del acto, porque impidió que se formara el consentimiento o que no hubiera precisión sobre el objeto del contrato, como es el caso del llamado “error obstáculo”.

Pongamos un caso concreto: El aportante accionista, precisamente aportó a una sociedad, una maquinaria con un valor de \$1'000,000.00 y recibió a cambio acciones de aporte representativas del capital de la sociedad. El valor que se consideró para hacer la aportación y la suscripción y pago de dichas acciones fue la mencionada cantidad de \$1'000,000.00 que se basó en lo que el mismo accionista indicó, tomando en cuenta un aproximado valor de mercado de dicha maquinaria, sin que se hubiera hecho avalúo alguno. El accionista no tuvo intención

alguna de falsear los valores de aportación de los bienes, ya que dichos valores los tomó de diversos anuncios publicados por medio del Internet en donde se ofrecía la venta de maquinaria de similares características. Imaginemos que pasado un año de haberse hecho la aportación, se realiza un avalúo de los bienes aportados y se determina por un perito que el valor real de los mismos es de \$600,000.00, es decir, un 40% por debajo del valor de aportación inicial. El accionista demuestra que el valor real de aportación lo tomó en cuenta en base a dichas publicaciones de anuncios, sin que hubiera de su parte intención alguna de falsear las cifras ni obtener un lucro que no le corresponde.

¿Podría argumentarse que hubo un error de cálculo y proceder a una corrección?... ¿sería válido corregir el valor de aportación de los bienes a la sociedad y reducir el valor de las acciones que se le entregaron al accionista aportante para que éstas solamente tengan un valor de \$600,000.00? ¿Implicará la reducción del capital social precisamente en la misma medida que la diferencia de valor de los bienes y acciones de “Aporte”?... aparentemente esa sería la solución al problema de acuerdo con la legislación civil y tomando en consideración que no hubo la intención de beneficiarse por parte del accionista aportante o la de falsear la información o valores iniciales y ante tal circunstancia, no sería aplicable la sanción de aplicarle una responsabilidad civil y la obligación de pagar las diferencias.

Pero desgraciadamente la solución de disminuir el valor de las acciones de “aporte” o la reducción del capital social, no está prevista dentro de la legislación mercantil, ni tampoco sería viable llevarla a cabo por las razones siguientes:

A) No podemos disminuir el valor nominal de unas acciones sin disminuir el valor nominal de todas las acciones que representan el capital de la sociedad;

B) No existe la posibilidad de disminuir de “pleno derecho” el capital de una sociedad, por el motivo antes señalado, ya que se trataría de una excepción a la regla general (la disminución de capital de una sociedad anónima debe de ser acordada por los accionistas de la misma reunidos en Asamblea) que debería de estar prevista en la misma Ley

Como no podemos solucionar el conflicto como anteriormente lo expresamos, necesariamente debemos de aplicar la legislación mercantil cuya solución es diferente a la anteriormente planteada.

## I) NOVENA INTERROGANTE

¿Y si la pérdida del valor del bien es menor a un 25%?... pues aplicando a *contrario sensu* el citado artículo 141 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, la sociedad asume dicho deterioro del bien, sin que se le pueda cobrar al accionista aportante de los bienes ningún tipo de indemnización, aún cuando haya habido una falsedad en el valor de aportación de los bienes

## J) DÉCIMA INTERROGANTE

¿Y si la pérdida o el deterioro se da pasando el plazo de dos años?...Será la sociedad quien asuma dicha pérdida o deterioro del bien, sin que se le pueda cobrar al accionista aportante de los bienes ningún tipo de indemnización, pero entonces surge la duda de determinar ¿Desde que momento debemos de contabilizar ese plazo de dos años? ¿Desde el momento de la aportación? ¿Desde el momento en que se transmitió la propiedad de los bienes a la Sociedad? ¿Desde el momento en que los mismos sean entregados física y materialmente a la sociedad?... recordemos que anteriormente hicimos la aclaración que esos momentos no siempre se dan de manera simultánea sino que pueden variar. Mi opinión al respecto es que debemos de considerar el plazo de dos años, a partir de que los bienes son entregados físicamente y materialmente a la sociedad, que es el momento en el cual, los demás accionistas de la sociedad y los órganos de la sociedad misma pueden conocer físicamente dichos bienes y poder determinar si los valores de aportación son correctos o, en su defecto, poder determinar el valor real de los bienes para acreditar la falsedad de los valores de aportación que el accionista manifestó al momento de hacer la aportación y suscripción y pago de las acciones de “Aporte”.

## K) DÉCIMA PRIMERA INTERROGANTE

¿Quién ejercita los derechos patrimoniales y corporativos derivados de dichas acciones durante todo el tiempo que están en depósito?... Queda claro que la Sociedad no tiene el carácter de ser un administrador y por lo tanto no tiene la obligación de ejercitar los derechos patrimoniales y corporativos que las mismas acciones de “Aporte” tienen incorporados. La sociedad solamente cuida y guarda dichas acciones, como si se tratara de un depositario, sin que tenga facultad alguna para ejercitar los derechos incorporados.

Ahora bien, la Sociedad tampoco expide una constancia de depósito como lo establece la Ley del Mercado de Valores tratándose de acciones depositadas en el INDEVAL o expide un certificado de depósito y su correspondiente bono de prenda, como lo hacen los Almacenes Generales de Depósito cuando se depositan ante él mercancías... Tampoco levanta un acta como lo hace el Notario, cuando para el ejercicio de las acciones a que se refieren los artículos 185 y 201 de la mencionada Ley General de Sociedades Mercantiles y en términos de lo establecido por el artículo 205 de la misma, las acciones quedan depositadas ante él o ante una Institución de Crédito, quien en ese caso expide la constancia de depósito correspondiente... En el caso que ahora nos ocupa, la Sociedad depositaria no expide documento alguno, esa es la razón que nos lleva a aseverar que las

acciones depositadas, además que no pueden circular, porque esa es su *ratio legis*, tampoco se pueden ejercitar los derechos patrimoniales y corporativos que en ellas se contienen.

Cabe citar que el artículo 2,518 del Código Civil establece textualmente: *“Los depositarios de títulos, valores, efectos o documentos que devenguen intereses, quedan obligados a realizar el cobro de éstos en la época de su vencimiento, así como también a practicar cuantos actos sean necesarios para que los efectos depositados conserven el valor y los derechos que les corresponden con arreglo a las leyes”*. Algunos juristas, basados en el texto del artículo precitado, consideran que la Sociedad debe de cobrar los dividendos o utilidades que las acciones de *“Aporte”* generen, pero yo difiero de esa postura ya que la finalidad que pretende el citado artículo es evidente: *que los bienes depositados conserven su valor* y en el caso de las acciones de *“Aporte”* que estamos analizando, precisamente se quedan en depósito en la Sociedad para que ésta pueda verificar que su valor sea el correcto y correlativo con los bienes que se aportaron... el hecho de no cobrar los dividendos o utilidades que generen no afecta el valor intrínseco de las acciones depositadas.

#### L) DÉCIMA SEGUNDA INTERROGANTE

¿Y si los bienes aportados estaban en copropiedad y todos los copropietarios deciden aportar el bien en suscripción de acciones?... Creo que esta pregunta se resuelve de dos maneras diferentes:

Tomaremos un primer caso concreto: Los señores W, X, Y y Z son copropietarios de un inmueble que tiene un valor de \$8'000,000.00 y deciden aportarlo a la Sociedad y cada uno de ellos suscribe acciones de *“Aporte”*. Parece evidente que a cada uno de los accionistas aportantes se le entregarán acciones representativas del capital de la Sociedad a quien se le aporta el bien, con un valor nominal de \$2'000,000.00, pero cada uno de los accionistas será único y exclusivo propietario de las acciones que al efecto se emitan, las cuales quedarán en depósito en la Sociedad.

En este supuesto, según lo que hemos analizado, a pesar de que las acciones serán de *“Aporte”*, no podrá haber una variación en los valores de aportación del inmueble ya que dicha aportación se hizo en escritura pública y tomando como fundamento de la aportación el valor del avalúo del bien que el efecto practicó un perito debidamente autorizado para tales efectos... no hay la posibilidad que los accionistas aportantes falseen la información y valores de aportación.

Tomaremos entonces un segundo caso concreto: Los señores W, X, Y y Z son copropietarios de una maquinaria que tiene un valor de \$8'000,000.00 y deciden aportarlo a la sociedad y cada uno de ellos suscribe acciones de *“Aporte”*.

Parece evidente que a cada uno de los accionistas aportantes se le entregarán acciones representativas del capital de la Sociedad a quien se le aporta el bien, con un valor nominal de \$2'000,000.00, pero cada uno de los accionistas será único y exclusivo propietario de las acciones que al efecto se emitan, las cuales quedarán en depósito en la Sociedad.

En este supuesto, según lo que hemos analizado, podrá haber una variación en los valores de aportación de la maquinaria ya que dicha aportación se hizo en base a los valores que los mismos accionistas aportantes establecieron... Si resulta que dentro del plazo de dos años, la Sociedad logra comprobar que los valores tomados en cuenta para la aportación y la suscripción y pago de las acciones de "Aporte" fueron falseados por los mismos accionistas aportantes y el valor real de dicha maquinaria era de \$5'000,000.00, entonces los accionistas aportantes deberán de hacer el pago de la indemnización correspondiente, es decir, el pago de los \$3'000,000.00 restantes.

¿Cómo se haría dicho pago?, de entrada podemos decir que los accionistas aportantes eran copropietarios del bien (maquinaria) y responden de dicha indemnización de manera solidaria, ya que se trata de un caso de solidaridad legal previsto en el artículo 1,917 del Código Civil para el Distrito Federal, pero teniendo siempre el derecho, dichos copropietarios aportantes del bien, de repetir en contra del copropietario que hubiere falseado los valores de aportación de los bienes ya que él fue directamente quien causó el daño a la sociedad y debe de responder por él.

¿Podrá cobrarse la sociedad mediante una compensación con las utilidades o dividendos que se hubieren generado?... Me parece que la respuesta es en sentido positivo, se trata de acreedores y deudores recíprocos y por su propio derecho y lo podrá realizar la Sociedad en términos del artículo 2,185 del Código Civil para el Distrito Federal y por lo tanto procede la compensación legal correspondiente, sin necesidad de aviso alguno.

¿Y si los accionistas aportantes deciden voluntariamente no dividirse las acciones y quedarse como copropietarios de todas las acciones que al efecto se emitan?... Sería un caso extremo en donde pudiendo romper con la copropiedad, los mismos accionistas aportantes deciden continuar con ella, a pesar que los bienes admiten cómoda división entre ellos. En este caso al ser copropietarios de las acciones deberán de nombrar a un representante común para que sea éste representante quien ejercite los derechos patrimoniales y corporativos que las acciones pudieren otorgarse y una vez que haya transcurrido el plazo de dos años a que se refiere el multimencionado artículo 141.



### M) DÉCIMA TERCERA INTERROGANTE

¿Puede ser embargada una acción de “Aporte”? ¿Que sucede si la acción de “Aporte” es embargada?... En este punto creo importante hacer ver una situación general que es que a pesar de que las acciones de “Aporte” se quedan depositadas en la Sociedad por el plazo de dos años, éstas ya forman parte del patrimonio del accionista aportante, es decir, aún cuando no tenga la posesión física y material de las mismas, si cuenta con la posesión originaria de la mismas como propietario de las citadas acciones.

En términos de lo establecido por el artículo 2,964 del Código Civil para el Distrito Federal, todos los bienes que integran el patrimonio de una persona son garantía de sus propios acreedores.

Los acreedores del accionista aportante podrán embargar las acciones de “Aporte” que se encuentran depositadas en la Sociedad pero no podrán hacerlas vender para pagar sus créditos ya que precisamente esa era la finalidad de que quedaran en depósito, el que las acciones no pudieran circular, no se pudieran transmitir, no hubiera un cambio de propietario, es decir, el acreedor embargante debe de esperar el plazo de dos años, para poder ejecutar el embargo de las acciones y rematar las mismas para lograr el pago de sus créditos... Aquí es precisamente donde tiene cabida el **derecho de preferencia** que establece el multicitado artículo 141 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, donde la sociedad tiene derecho de cobrar antes que cualquier otro acreedor del accionista aportante, precisamente la indemnización por las diferencias de valor que se hubieren acreditado, teniendo un límite dentro del ámbito patrimonial dicho derecho, ya que el derecho de preferencia será hasta “...el valor de las acciones depositadas”, entendiendo por dicho valor, precisamente el valor nominal de las mismas, es decir, el valor con el cual fueron suscritas y pagadas desde un inicio por el accionista aportante.

¿Cómo se ejercita dicho derecho de Preferencia?... Dice la parte final del artículo 141, “... la que tendrá un derecho preferente sobre las acciones respecto de cualquier otro acreedor”, sin embargo no se establecen plazos, requisitos de ejercicio ni demás pormenores que nos puedan dar una pauta para poder ejercitar dicho derecho de preferencia... La Ley General de Sociedades Mercantiles establece el ejercicio de otros derechos de preferencia en el caso de transmisión de partes sociales o acciones, como es el caso de la Sociedad en Nombre Colectivo (artículos 31 y 33), Sociedad en Comandita Simple (Artículo 57), Sociedad de Responsabilidad Limitada (Artículos 65 y 66) y en la propia Sociedad Anónima (Artículo 132) y aplicando por analogía el mencionado artículo 132, podemos inferir que el derecho de preferencia que tendrá la sociedad para poder cobrar la indemnización al accionista aportante por la diferencia de valor mayor a un 25%,

deberá de ejercitarse dentro de un plazo de **quince** días contados a partir de la fecha en que se tuvo conocimiento de la diferencia de valores que da origen al derecho para exigir el pago de las diferencias y en el entendido que las acciones no serían devueltas al accionista aportante hasta que no se pague la indemnización correspondiente, pero lo anterior es una interpretación personal tomando como base una interpretación analógica de las demás normas de la Ley General de Sociedades Mercantiles que establecen ejercicios de derechos de preferencia.

Cuando transcurra el plazo de dos años, la Sociedad debe de poner a disposición de la autoridad que realizó el embargo, así como señalar los dividendos o utilidades que las acciones hubieren generado desde la fecha del embargo y que desde luego no fueron cobrados por las razones anteriormente citadas, para que éste juzgador proceda conforme a Derecho.

#### N) DÉCIMA CUARTA INTERROGANTE

¿Con las acciones de “*Aporte*” depositadas se puede garantizar el desempeño de un cargo?

Los cargos de administradores y comisarios, de acuerdo con lo que establece la propia Ley General de Sociedades Mercantiles, deben de ser garantizados por quienes los desempeñen y es común que en los Estatutos Sociales o en las mismas Asambleas de Accionistas se obligue a los citados funcionarios a garantizar mediante el depósito de un número de acciones, esas acciones deben de ser acciones liberadas y en posesión del accionista para que a su vez pueda darlas en depósito a la Sociedad para garantizar el desempeño de su cargo, no podrán ser entonces acciones de “*Aporte*” porque éstas ya están depositadas en la Sociedad para una finalidad diferente.

#### O) DÉCIMA QUINTA INTERROGANTE

¿Por qué en el caso de la escisión de sociedades no es aplicable el artículo 141 de la Ley General de Sociedades Mercantiles?... Porque se parte del supuesto que para llevar a cabo la escisión de una sociedad, es requisito indispensable contar con balances debidamente auditados en donde se reflejen clara y precisamente cuales son los valores de los bienes que integran el patrimonio de la sociedad y debiendo de indicarse de manera exacta cuales son los bienes que pasarán a formar parte del patrimonio de la o las sociedades de nueva creación. Es decir, no hay la posibilidad de falsear la información respecto de los valores de los bienes que se aportarán en bloque a dichas sociedades que se crearán como consecuencia de la escisión.

La aportación de los bienes se hace en su justo valor, basados en los balances de la sociedad y por lo tanto, ese mismo valor se verá reflejado en acciones representativas del capital social de las nuevas sociedades, sin que haya posibilidad alguna de “falseo” de los valores y en adición a que los mismos accionistas serán de la escindida como de la escidente.

#### P) DÉCIMA SEXTA INTERROGANTE

¿Y si quien aporta los bienes es una persona moral? ¿Habrà alguna regla especial que debemos de cuidar?... considero que sí, si quien aporta los bienes es una persona moral, estamos en presencia de un acto de disposición y por lo tanto quien realiza dicha transmisión de propiedad (aportación) deberá de estar plenamente facultado para ello, ya sea con un poder que contenga facultades de dominio o ser un funcionario de la sociedad (Administrador Único) que su cargo, implícitamente le confiere dichas facultades.

Pero no nada mas es un problema de legitimación para poder transmitir la propiedad de bienes mediante su aportación, sino que creo que es importante verificar el estado que guardan los bienes que se van a aportar, dentro del patrimonio de la persona moral, si son parte del activo circulante de la misma o del activo fijo de ésta, ya que si forman parte del activo fijo de la sociedad aportante, creo que sería prudente, además, que se contara con la conformidad de los accionistas de la sociedad, en una asamblea convocada para tales efectos, en donde los accionistas, debidamente informados del destino que tendrán los bienes que integran el activo fijo de la sociedad, que serían aportados a otra sociedad en suscripción y pago de acciones de “aporte”, los valores de los bienes aportados y el de las acciones que se recibirán a cambio, todo ello en virtud de que como anteriormente lo indicamos, dichas acciones de “aporte” se quedarán depositadas por un periodo de tiempo, durante el cual los derechos patrimoniales y corporativos que traen incorporadas las referidas acciones de “Aporte”, no podrán ser ejercitados, lo que implica un perjuicio que pudiera causárseles a los socios o accionistas de la sociedad aportante de los bienes.

#### CONCLUSIONES

- Las acciones de “Aporte” son aquellas que están suscritas y pagadas con bienes distintas del numerario (efectivo), basta que sea una parte de dicho pago para que sean consideradas como acciones de “Aporte”
- Al momento en que se suscriban y paguen dichas acciones de “Aporte”, debe de establecerse claramente el criterio seguido para determinar su va-

lor (ya sea en la escritura constitutiva de la sociedad o en el acta en donde se haga constar el aumento al capital social correspondiente)

- Deben de quedar depositadas en la administración de la sociedad por el plazo de dos años, contados a partir de la fecha de entrega material de los bienes aportados a la sociedad
- La administración de la sociedad debe de cuidar y guardar dichas acciones, durante el plazo mencionado, pero no se celebra contrato de depósito alguno
- Si dentro del plazo mencionado se comprueba por la sociedad que existió una diferencia mayor a un 25% entre el valor de aportación de los bienes y el valor de las acciones suscritas y pagadas, el accionista aportante debe de indemnizar a la sociedad, pagando la diferencia de valores que haya resultado.
- La consecuencia de pago que señala el artículo 141 solamente se aplica cuando los bienes se hayan pagado con bienes muebles y el valor de aportación de los mismos haya sido declarado por el accionista aportante sin tener sustento en avalúo al efecto practicado o en un criterio de valorización emitido por un tercero perito en la materia.
- La naturaleza del pago es un hecho ilícito y debe de considerarse como una indemnización derivada de responsabilidad civil extracontractual.
- La sociedad tiene un derecho de preferencia frente a cualquier otro acreedor del accionista aportante, para cobrar dicha indemnización.

## DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE SOCIEDADES MERCANTILES

---

## SUMARIO

- I. Antecedentes de la Sociedad Mercantil
- II. Naturaleza Económica
- III. Derecho Mercantil
- IV. Naturaleza Jurídica
- V. Características de las Normas
- VI. Disolución
- VII. Liquidación
- VIII. Oponibilidad
- IX. Personalidad
- Conclusiones

# DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE SOCIEDADES MERCANTILES UNA APROXIMACIÓN

**Ignacio Soto Sobreyra y Silva**

Notario No. 13 del D. F.

## I. ANTECEDENTES DE LA SOCIEDAD MERCANTIL

La sociedad mercantil surge en nuestra historia en los códigos de comercio, cual es el caso del primero de 1854 en donde se reglamentó a las compañías de comercio en tres:

1. La sociedad colectiva
2. La sociedad en comandita y
3. La sociedad anónima.<sup>1</sup>

Posteriormente el Código de 1884, siendo presidente don Manuel González, reguló dentro del libro segundo, título segundo, capítulo primero, artículo 355, a las mismas sociedades a las que se refirió el código de 1854.

El Código vigente, publicado el 15 de septiembre de 1889, siendo presidente don Porfirio Díaz, el cual entró en vigor el 1 de enero de 1890, y derogó conforme a su artículo cuarto transitorio al código anterior o sea el del 20 de abril de 1884 reglamentando inicialmente este código igualmente en el libro segundo, título segundo, a las sociedades de comercio. En su capítulo primero artículo 89, reguló a cinco formas o especies de sociedades mercantiles, las cuales fueron: las sociedades de nombre colectivo, la sociedad en comandita simple, la sociedad anónima, la sociedad en comandita por acciones y la sociedad cooperativa.

Históricamente hay personas que solo consideran dos códigos de comercio el de 1884 y el de 1889 ya que el de 1854 conocido como Código Lares, por haber sido elaborado por don Teodosio Lares, Don Benito Juárez García lo suprimió; aduciendo

---

<sup>1</sup> ORDÓÑEZ CHÁVEZ, Roberto Antonio La Concentración de sociedades a la Luz de la Legislación Actual (The Holdings Companies) Universidad la Salle México 1977 p. 5

que don Teodosio Lares era imperialista, y reimplantando en materia mercantil las ordenanzas de Bilbao lo que significó un gran retroceso en nuestro país.<sup>2</sup>

Cabe advertir que en los tres Códigos a los que se ha hecho mención no había un capítulo adicional que tratara de la disolución y liquidación sino que existían disposiciones comunes y en la mayoría de los casos la disolución y liquidación eran tratadas en particular dependiendo del tipo de sociedad.

Siendo presidente de México don Abelardo Rodríguez fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de agosto de 1934, la Ley General de Sociedades Mercantiles, la cual en su artículo cuarto transitorio derogó el título segundo del libro segundo del Código de Comercio del 15 de septiembre de 1889. Esta Ley adicionó además de las cinco sociedades en cuanto a su forma, que señalaba el artículo 89 del Código de Comercio, a la sociedad de responsabilidad limitada, misma que fue regulada en su artículo primero, fracción tercera, después de la sociedad en comandita simple y antes de la sociedad anónima, estableciendo además que cualesquiera de ellas podía además operar como sociedad de capital variable.

La clasificación tradicional de la sociedad en sociedades de personas y sociedades de capitales hoy resulta bizantina ya que ambas clasificaciones se complementan, no se excluyen; así lo entiende magistralmente el Notario Ordóñez Chávez: “La distinción entre sociedades de personas y de capital.... no es más que una metáfora. En realidad todas las sociedades son de capitales, por cuanto el capital es elemento indispensable para la sociedad, y todas son de personas por cuanto tampoco pueden existir sin personas que las constituyan...”<sup>3</sup>

## II. NATURALEZA ECONÓMICA

La sociedad mercantil es un comerciante, así lo establece el Código de Comercio en su título primero de los comerciantes, artículo tercero, fracción II: “Las sociedades constituidas con arreglo a las leyes mercantiles”. Entendiendo como comerciante aquel sujeto económico que realiza el cambio lucrativo de los bienes de una manera habitual y profesional.

Rigiéndose los actos comerciales o actos de comercio por el Código de Comercio y por las demás leyes mercantiles. (Art.1 Código de Comercio)

La sociedad mercantil está sujeta a las obligaciones de todo comerciante como son: la inscripción en el Registro Público de Comercio, mantener su contabilidad por diez años y a conservar su correspondencia.

---

<sup>2</sup> SOTO SOBREYRA y SILVA, Ignacio, Ley de Instituciones de Crédito, Antecedentes y Comentarios, Editorial Porrúa, Onceava Edición, México 2012, pag-33-34

<sup>3</sup> ORDÓÑEZ CHÁVEZ, Roberto Antonio, Ob. Cit., p. 7



Desapareciendo por la derogación de la fracción I del artículo 16 del Código de Comercio (Diario Oficial de la Federación 13 de junio de 2014) la obligación de publicar su calidad mercantil en la prensa ya que para ello se empleará un sistema electrónico conforme a los artículos 50 bis y 600 del Código de Comercio entre otros artículos aplicables a nuestro tema de la Ley General de Sociedad Mercantiles, como son los artículos 243 y 247; y que este último con la referida reforma acaba con las tres publicaciones, siendo ahora solo una por el sistema electrónico establecido por la Secretaría de Economía.

Resulta importante por ser el tema que empezaremos a abordar y que se encuentra dentro de la primera obligación a la que se ha hecho mención, la que se refiere el artículo 21 del Código de Comercio: “Existirá un folio electrónico por cada comerciante o sociedad en el que se anotarán: “V. Los instrumentos públicos en los que se haga constar la constitución de las sociedades mercantiles así como los que contengan su transformación, fusión, escisión, disolución y liquidación;”

### III. DERECHO MERCANTIL

El derecho mercantil es en la clásica división de las ramas del derecho, derecho privado junto al derecho civil, aunque ahora no se pueda pensar de esa manera, ya que hay ocasiones en que en uno u otro se da la intromisión en función del orden e interés público de normas de las otras ramas del derecho o sea el público, mas sin embargo para nuestro trabajo es necesario examinar en su conjunto al derecho privado ya que no son dos órdenes excluyentes sino complementarios. Dice Rodríguez Rodríguez: “Posición sistémica del derecho mercantil... El derecho mercantil como derecho privado... Derecho civil y derecho mercantil... Independencia del derecho mercantil frente al civil... Son dos todos herméticos, impenetrables el uno al otro, o dos sistemas de normas que se complementan.... Derechos complementarios”... El derecho civil es el derecho supletorio del derecho mercantil ya que conceptos fundamentales como los de persona jurídica, negocio jurídico, contrato, declaración de voluntad, representación, etc., están fundadamente dados en el Código Civil y se presuponen en la regulación del mercantil”.<sup>4</sup>

Órdenes complementarios sobre todo por el carácter supletorio que guarda el Código Civil Federal del Derecho Mercantil (artículo segundo del Código de Comercio).

---

<sup>4</sup> RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín, Curso de Derecho Mercantil Tomo I, México 1980, Editorial Porrúa pp. 14 y 15.

#### IV. NATURALEZA JURÍDICA

Así las cosas aun cuando la Ley General de Sociedades Mercantiles no lo dice, e independientemente del planteamiento de considerar o no a la sociedad mercantil como un acto complejo, o un acto unión, o un acto colectivo,<sup>5</sup> la sociedad la debemos de entender como un contrato cuyo concepto la Ley General de Sociedades Mercantiles no lo define y habrá que recurrir para ello en lo conducente a lo que dice el Código Civil en su artículo 2688, en lo conducente porque aquí habrá que adicionarle que el fin se trata de una especulación comercial y que la responsabilidad de sus socios se limita al pago de su aportación, la cual podrá ser en bienes o en numerario y que nuestro trabajo en la liquidación es ver qué pasa con ellos.

Podemos clasificar el contrato como plurilateral o de organización oneroso conmutativo, no aleatorio, (ya que no se da la pérdida por uno y la ganancia para otro<sup>6</sup>), *intuitu personae*, preparatorio y formal.

Siendo lo más importante y uno de los efectos que trae aparejado el contrato, es el dar nacimiento a una persona distinta a la de los socios, con personalidad jurídica propia (artículo 25 fracción III y V del Código Civil).

Persona que la ley llama moral y que tendrá los denominados atributos de la personalidad, siendo de éstos, el objeto y el patrimonio para nuestro trabajo los más importantes considerando la doctrina incluso al segundo o sea al patrimonio *sine qua non*, atributos que en nuestro estudio se reducirán a poner fin a la persona moral y a liquidar el patrimonio que ya en ese momento es de liquidación, pagándolo a sus acreedores empezando con los terceros y después los socios que en esencia también son acreedores de la sociedad.

#### V. CARACTERÍSTICAS DE LAS NORMAS

Después de entender a la sociedad como un contrato regido por normas de derecho mercantil y supletoriamente regido por normas del derecho civil vemos que estas sociedades comerciantes se constituyen ante fedatario público en la forma de escritura pública o póliza, así como sus modificaciones (art. 5 de Ley General de Sociedades Mercantiles).

Las normas jurídicas desde el punto de vista de los particulares pueden ser de dos clases.

---

<sup>5</sup> Véase en ese sentido RAMÓN SÁNCHEZ Medal de los Contratos Civiles, Editorial Porrúa, p. 382, dentro de la naturaleza jurídica del contrato de asociación civil

<sup>6</sup> SÁNCHEZ MEDAL ob. cit. p. 384

1. Normas taxativas o de orden público en donde no interviene en absoluto la voluntad del particular, las cuales se entienden leyes imperativas o prohibitivas siendo las primeras reconocibles en un artículo por la palabra imperativa “debe”

2. Normas dispositivas en las cuales sí interviene la voluntad de los particulares las cuales son interpretativas o supletivas de esa voluntad.<sup>7</sup>

Piedra angular de las normas que rigen a una sociedad mercantil es el artículo sexto de la Ley General de Sociedades Mercantiles el cual contiene estos dos tipos de normas siendo taxativas las que se refieren las fracciones del I al VII y las dispositivas las que se refieren las fracciones VIII a XIII del referido artículo sexto, lo que se corrobora del señalamiento que hacen los artículos 7º y 8º de la misma ley.

Para nuestro estudio la fracción XIII del referido artículo sexto es relevante ya que entendemos las normas que rigen la liquidación de sociedades como normas dispositivas, en las cuales la voluntad puede intervenir y que habrá que entender que implican la posibilidad desde la escritura constitutiva de designar anticipadamente a la persona del liquidador y la forma de llevarse a cabo esa liquidación y solo salvo que no lo dispongan los estatutos se aplicará en lo conducente lo que dispone la Ley General de Sociedades Mercantiles en sus capítulos X y XI artículos 229 al 233 que se refieren a la disolución y artículos 234 a 249 a la liquidación.

## VI. DISOLUCIÓN

Según el diccionario de la real academia de la lengua española disolución significa: “relajación y rompimiento de los lazos o vínculos existentes entre varias personas”...<sup>8</sup>

Como ya vimos las sociedades son de personas y de capitales con la acotación ya señalada y es por lo mismo que cuando las personas fallecen en algunos casos es causa de terminación del contrato social (arts. 230 y 231 de la Ley General de Sociedades Mercantiles) incluso sin causa aparente (art 229 fracción III de la Ley General de Sociedades Mercantiles) pueden terminar el contrato social porque el *affectio societates* llega a su fin, ya que la ley se los permite; pues así como existe un derecho humano de asociación o de reunión, también ese derecho abarca a cuando ya no se quiere seguir juntos. Asimismo, en las sociedades de capitales (art.229 fracción V de la Ley General de Sociedades Mercantiles) la

---

<sup>7</sup> GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, Introducción al Estudio del Derecho, Editorial Porrúa México 1977, pp.94-96

<sup>8</sup> Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, p. 489.

pérdida de dos terceras partes del Capital Social, a tal grado que ya no tienen forma de restituirlo constituye una causal de disolución.

Una vez que se ha cumplido el objeto o se ha vuelto imposible o ya no constituye un lucro, la persona, la sociedad, llega a su fin empezando por reconocer la causa que los accionistas pactaron en la constitución o aquellas que determina la ley lo que nos arroja a determinar que existen dos tipos de causas de disolución ya sean legales o voluntarias, la primera es una solamente, y es la conclusión del plazo que opera por ministerio de ley. Las segundas o sea las voluntarias, aunque se encuentran en la ley, se requiere de un acuerdo de los socios para que operen y son cinco, y se encuentran reguladas en el artículo 229 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Siendo algunas de estas últimas taxativas a nuestro juicio<sup>9</sup>, cuál sería el caso de las fracciones II y IV del citado artículo, ya que sería increíble seguir operando la sociedad ante la imposibilidad de seguir realizando su objeto principal o éste consumarse, o que por ejemplo en la sociedad anónima hubiere un solo socio, así como las particulares o especiales a que se refieren los artículos 38 y 50 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, y que más bien estas últimas conllevan a una disolución parcial, porque se refieren a separación de un socio o a los casos de rescisión y nuestro trabajo se refiere a la total, la cual implicará conforme a la definición del diccionario a que hicimos mención “el rompimiento de los lazos o vínculos existentes entre las personas entre sí”<sup>10</sup> y respecto de la persona moral de la cual todavía en ese momento siguen formando parte.

Hasta aquí podemos decir que la enumeración que hace el artículo 229 la Ley General de Sociedades Mercantiles es enunciativo mas no limitativo y que hay casos aparte que conllevan incluso una disolución sin liquidación como serían la fusión y la transformación de sociedades; o el extremo inverso, de una liquidación sin disolución, cuando las sociedades tengan un objeto ilícito o ejecuten habitualmente actos ilícitos. (Art.3 Ley General de Sociedades Mercantiles).

## VII. LIQUIDACIÓN

Viene de liquidar: “Hacer el ajuste formal de una cuenta....poner término a una cosa o un estado de cosas; desistir de un negocio o de un empeño. Dícese También de la ruptura de relaciones personales. Hacer ajuste final de cuentas.”<sup>11</sup>

Disuelta la sociedad se pondrá en liquidación.

<sup>9</sup> Contra la opinión en ese sentido de RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ op cit. p. 205

<sup>10</sup> Diccionario ob. cit. p.489

<sup>11</sup> Diccionario ob. cit p. 809

La persona encargada de llevarla a cabo se llama liquidador y se asemeja al albacea quien también tiene en su encargo un patrimonio de liquidación, puede ser albacea cualquier persona que tenga la libre administración de sus bienes (Art.1679 Código Civil) esto es claro porque si no la tiene menos podrá hacerse cargo de los bienes de otro igual. El liquidador quien además deberá poder así mismo ejercer el comercio porque la sociedad es un comerciante, y no encontrarse en los supuestos a que se refiere el artículo 12 del Código de Comercio y que impide ejercer el comercio a los corredores, a los quebrados que no hayan sido rehabilitados, y a los que por sentencia ejecutoriada hayan sido sentenciados por delitos contra la propiedad, incluyendo en éstos la falsedad, el peculado, el cohecho y la concusión.

El liquidador sustituye a los administradores y es él quien continúa con la representación. Si bien su cargo es *Intuitu Personae*, no significa que tenga que obrar personalmente ya que en esa analogía con el albacea, si bien no puede delegar su cargo, ni por su muerte pasa a sus herederos; puede obrar por mandatarios que actúen bajo sus órdenes respondiendo obviamente de los actos de éstos. (Art.1700 Código Civil) Esto se entiende mejor cuando el liquidador es una persona moral la cual actúa por medio de sus representantes, los cuales en uno y otro caso estarán limitados a realizar los actos exclusivamente necesarios para la liquidación.

Liquidador que como cualquier liquidador de bienes ajenos, estará obligado a realizar un pormenorizado inventario al recibirlos.

Así mismo no podrían ser liquidadores por analogía los que no pudieran ser administradores ni gerentes en términos del artículo 151 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

El liquidador será nombrado desde la disolución, (art.236 de la Ley General de Sociedades Mercantiles) pudiendo ser uno o más y quien podrá ser cualquier persona, incluso una persona moral, cual es el caso de una institución de crédito en términos del artículo 46 fracción XXI, de la Ley de Instituciones de Crédito.

La liquidación y el liquidador como ya se dijo será como se haya pactado en el instrumento constitutivo (Art.240 de la Ley General de Sociedades Mercantiles) por el tipo de normas dispositivas y solo a falta de estipulaciones se aplicará lo que dice la Ley.

La función del liquidador es “hacer ese ajuste final de cuentas”,<sup>12</sup> pudiendo para ello (Art. 242 de la Ley de Sociedades Mercantiles): cobrar lo que se le debe a la sociedad, pagar lo que ella deba, concluir las operaciones “pendientes”, vender los bienes, pagarle a cada socio lo que se le deba de su aportación ya que en

---

<sup>12</sup> Diccionario op.cit. p.809

su patrimonio era pasivo el capital y acreedores sus socios siendo importante en este punto aclarar que si un bien se lo quedara un socio como pago de su cuota de liquidación tendría que ser ante notario público aunque la reforma a la Ley General de Sociedades Mercantiles del (13-VI-2014) artículo quinto tal pareciera que todo lo puede hacer el corredor público, aquí no pues regiría el principio *lex rex sitae* que consagra el artículo 121 constitucional en su fracción II, en los demás casos podría el corredor cuando no tuviera que ver con bienes y solo con numerario. Esto sin ser exhaustivos porque si consideramos al dinero un bien mueble, entonces seguiríamos en la prohibición constitucional, aunque sea bien fungible, independientemente de que el pago es una forma de extinción de la obligación y su regulación también sería civil (art. 2062 Código Civil.)

Con lo anterior y como parte de la etapa final procede hacer un último balance que por eso la ley lo llama “final”.

## VIII. Oponibilidad

Este contrato en su clasificación y la persona que conlleva, es oponible esto es que para que surta efectos contra terceros y tendrá que ser inscrito en el Registro Público de Comercio, siendo varios los momentos de este carácter oponible.

El primero es desde la disolución (Art.232 de la Ley General de Sociedades Mercantiles) ya que comprobada por la sociedad la existencia de una causa de disolución salvo la de la fracción I del artículo 229 de la Ley General de Sociedades Mercantiles las demás se inscribirán en el Registro Público de Comercio.

Inscripción que al no llevarse a cabo faculta a cualquier interesado para pedir judicialmente. Esta inscripción no es irrevocable, porque si se comprobara que no hubo causa cualquier interesado podrá ocurrir a la presencia judicial dentro del plazo de 30 días desde su inscripción para pedir la cancelación de la misma. (Art. 232 Ley General de Sociedades Mercantiles.)

Sin embargo dice Barrera Graf<sup>13</sup> “...revocación de la disolución” que la disolución todavía no se hubiere inscrito... porque a partir de entonces tendría efectos *erga omnes*.

Como ya se mencionó en la referida fracción I del artículo 229 la cual opera por ministerio de ley y que obliga a los administradores a no incurrir en nuevas operaciones ya que si lo hicieran estaríamos en presencia de una sociedad irregular artículo 2º de la Ley General de Sociedades Mercantiles ya que si se pretendiese seguir operando, el acuerdo de prórroga debería de ser anterior al vencimiento del plazo, dice Rodríguez Rodríguez: “El acuerdo posterior al trans-

---

<sup>13</sup> BARRERA GRAF, Jorge Instituciones de derecho mercantil p. 671

curso del plazo, supone la constitución de una nueva sociedad, tanto desde el punto de vista formal como del fiscal”.<sup>14</sup>

En segundo lugar habrá que inscribir en el Registro Público de Comercio el nombramiento de los liquidadores y éste o éstos tomen posesión de su encargo ya que mientras no se dé esto continuarán los administradores en el desempeño de su encargo esto es porque en el inter no podría quedar acéfala la administración de la sociedad.

Una vez concluida la liquidación el liquidador obtendrá del Registro Público de Comercio la cancelación de la inscripción del contrato social cancelación que tendrá una vez hecha el carácter de irrevocable y que si se tratase de continuar sería el caso anteriormente comentado de que tendría que constituirse una sociedad nueva.

Así mismo tendrá que tramitar la baja como contribuyente en términos del Artículo. 27 del Código Fiscal de la Federación.

## IX. PERSONALIDAD

La podemos definir como el límite de la capacidad o sea la aptitud que se tiene para ser o no sujeto de derechos y obligaciones.

Esta personalidad en las Sociedades Mercantiles deviene de la Ley, artículo 25 fracciones III y IV del Código Civil, personalidad que después del acuerdo de disolución se ve reducida o limitada únicamente y exclusivamente para los efectos de la liquidación (Artículo 244 de la Ley General de Sociedades Mercantiles) y para nada más porque la disolución implica en el fondo un cambio de objeto social, el cual será la liquidación, pues si fuere distinto sería ir más allá del objeto y por lo mismo ultra vires; esto a colación de que hay muchas personas que piensan que como el liquidador continúa manteniendo diez años los libros y papeles de la sociedad, (Artículo 245 de la Ley General de Sociedades Mercantiles) pueden en ese plazo seguir operando. Esto es falso con excepción de que hubiere una operación “pendiente” y como parte de la liquidación deba finiquitarse.

## CONCLUSIONES

1. La disolución y liquidación entrañan el pago final que debe de aplicarse del patrimonio con que haya contado la sociedad durante su vida, y la extinción de su personalidad, que deriva de la ley y de haber cumplido con las condicionantes para su reconocimiento frente a terceros.

---

<sup>14</sup> RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ Ob. Cit. p. 203

2. La disolución puede ser parcial o total entendiéndose en la primera, además de los casos de renuncia o exclusión de los socios, el supuesto a que hace alusión el artículo 243 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, el cual en su ratio legis tiene como finalidad proteger a los acreedores y de ahí la necesidad de la publicación.

3. El carácter de la normas que rigen a la disolución y liquidación es de tipo dispositivo, ya sea interpretativo o supletorio de la voluntad de los particulares (socios) ya que puede por parte de los mismos, regularse con toda libertad de otra manera, con la única limitación que será, no afectar intereses de terceros (acreedores) lo que implicaría una evasión a sus obligaciones y responsabilidades.

4. La asamblea que decida anticipadamente disolver a la sociedad será necesariamente extraordinaria (art. 182 fracción segunda de la Ley General de Sociedades Mercantiles) y la asamblea que reconozca simplemente las causas a que se refiere el artículo 229 fracciones de la II a la V puede ser ordinaria porque no reforman al estatuto ni requerirían en su caso un quórum especial, sin embargo, en esa acta deberá nombrarse a los liquidadores (art. 236 Ley General de Sociedades Mercantiles).

5. La disolución puede ser con causa y sin causa, siendo la última, la expiración del plazo, la cual, en última instancia, no requiere de un acto corporativo para reconocerlo, con excepción de aquellas sociedades que fueren irregulares, porque no estará en ese caso el plazo inscrito en el Registro; y de aquellas sociedades que en sus estatutos aparecieran como de duración indefinida; las que son con causa se enumeran en las siguientes fracciones del artículo 229 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, las cuales son comunes ya que las particulares a las sociedades de personas, en nombre colectivo y en comandita se encuentran en los artículos 230 y 231 de la referida ley.

6. Es improcedente la revocación de la liquidación ya que esta una vez inscrita en el registro público de comercio produce efectos erga omnes y la única forma de revivirla sería terminar el proceso y constituir una nueva sociedad.

7. Hay ocasiones de excepción en que se da una disolución sin liquidación tal sería el caso de la fusión y de la transformación o una liquidación sin disolución la sociedad que tuviera por objeto la realización de actos ilícitos, o sociedades sujetas a concesión-autorización por lo que hace a la revocación como es el caso de las instituciones de seguros e instituciones de fianzas o hay ocasiones en que la transformación como en el caso de la sociedades cooperativas es imposible y se requeriría el acuerdo de disolución y liquidación para formar una nueva.

8. La Liquidación es el segundo paso del proceso y requiere para ello la existencia de liquidadores los cuales pueden ser dos o más siendo factible incluso que lo sea una sociedad, cual es el caso de los bancos (artículo 46, fracción XXI de



la Ley de Instituciones de Crédito), asimismo, los liquidadores tienen además que tener la capacidad de ejercicio y ser hábiles para ejercer el comercio (artículo 151 de la Ley General de Sociedades Mercantiles y artículos 3 y 12 del Código de Comercio).

9. La facultad de los administradores se refiere a terminar las operaciones pendientes ya que el objeto y finalidad será únicamente liquidar el haber social para el pago de pasivos y pago de la respectiva cuota de liquidación de los socios; así como lograr del Registro Público de Comercio la cancelación de la inscripción.

10. El efecto de la liquidación es que subsiste la personalidad jurídica de la sociedad pero únicamente con ese fin de liquidación.

11. En cuanto a los órganos, subsiste la asamblea, el órgano de vigilancia y los comisarios. Sin embargo, el órgano de administración es substituido por los liquidadores, sin perjuicio de que las facultades de los órganos todos, están limitados al objeto de la liquidación.

12. Para el Fedatario, en la segunda protocolización donde se apruebe el balance final de liquidación implica cumplir con lo establecido para ello en el artículo veintisiete del Código Fiscal, esto es, dar el aviso de baja correspondiente ante la autoridad hacendaria.

## BIBLIOGRAFÍA

- BARRERA GRAF, Jorge, Instituciones de Derecho Mercantil, Generalidades. Derecho de la Empresa. Octava Reimpresión, Editorial Porrúa, México, 2010.
- GARCIA MÁYNEZ, Eduardo, Introducción al estudio del Derecho, Vigésimo Sexta Edición, Editorial Porrúa, México, 1977.
- ORDOÑEZ CHAVEZ, Roberto Antonio, La Concentración de sociedades a la luz de la legislación actual (The Holdings Companies), Universidad la Salle México 1977.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín, Curso de Derecho Mercantil, Tomo I, Décimo Quinta Edición, Editorial Porrúa, México 1980.
- SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, De los Contratos Civiles, Vigésimo Tercera Edición Editorial Porrúa, México 2008.
- SOTO SOBREYRA Y SILVA, Ignacio, Ley de Instituciones de Crédito, Antecedentes y Comentarios Onceava Edición Editorial Porrúa, México 2013.

## DICCIONARIOS

*Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española*, Décima Octava Edición, Madrid, 1956.

## TEXTOS LEGALES

CÓDIGO DE COMERCIO DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, expedido en virtud de la autorización concedida al ejecutiva por decreto de 15 de diciembre de 1883, México J. Valdes y Cueva, 1884.

CÓDIGO DE COMERCIO DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, Edición del Boletín Judicial, México, Imprenta de las Escalerillas Número 11, 1889.

LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES, Ediciones Andrade, México, 2014.

DECRETO por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones del Código de Comercio, de la Ley General de Sociedades Mercantiles, de la Ley de Fondos de Inversión, de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, de la Ley de Derechos de y de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, en relación con la Miscelánea en Materia Mercantil, publicada en el DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN de Fecha 13 de junio de 2014.

LEY DE INSTITUCIONES DE CRÉDITO, Ediciones Andrade, México, 2014.

CÓDIGO CIVIL FEDERAL, AGENDA CIVIL FEDERAL, Ediciones Fiscales Isef, México, 2014.

## POLÍTICA MONETARIA Y POLÍTICA FISCAL

---

## SUMARIO

- I. Introducción
- II. Breve alusión histórica
- III. Un poco de economía
- IV. Política Fiscal
- V. Política Monetaria
- Conclusiones.

# POLÍTICA MONETARIA Y POLÍTICA FISCAL

**Jesús Torres Gómez**

Notario No. 224 del D. F.

## I. INTRODUCCIÓN

La intención de este trabajo es el provocar y despertar en el lector estudiante de Derecho, o abogado

la curiosidad por las diferentes cuestiones económicas que afectan nuestra vida en sociedad y en lo particular. El abogado es una de las personas en nuestro medio social que debe destacar por el conocimiento de ciencias y disciplinas auxiliares que son el fondo, el contenido, lo que da razón de existencia a las normas jurídicas. Dentro de esa gama de disciplinas podemos mencionar sin duda la historia nacional y mundial, la sociología, la ciencia política, la psicología individual y colectiva y por supuesto la economía. El conocimiento y entendimiento de todo ello, sumado a una vocación de tratar de hacer siempre lo correcto, es lo que nos puede acercar al objetivo de conjugar el conocimiento masticado y digerido con la fortaleza de espíritu y la experiencia de un verdadero jurista.

Espero que el lector llegue al final de este artículo llevándose consigo un nuevo conocimiento que le permita entender, valorar criticar constructivamente, proponer y coadyuvar en la construcción de nuestra comunidad llamada México.

En esta ocasión propongo el tema de la política fiscal y monetaria que son dos instrumentos poderosísimos en manos del Estado para influir en las fluctuaciones de los ciclos económicos o ciclos de negocios. Un adecuado manejo de ambas políticas coadyuvan en gran medida a la estabilidad económica de un país.

Así por ejemplo, un proceso inflacionario con sus efectos regresivos o un período de recesión y desempleo, lo mismo que una sana estabilidad económica, pueden ser todos ellos consecuencia de un mal o de un buen manejo de la política fiscal y de la política monetaria por parte del Estado.

Un incremento en los impuestos provoca una disminución en el ingreso disponible de las personas, lo que a su vez disminuye naturalmente su capacidad de consumo personal, haciendo que los proveedores de bienes y servicios vendan menos y comiencen a despedir personal promoviendo así el desempleo pudiendo caer finalmente en un franco período de recesión.

En este sentido el Estado asume una muy importante responsabilidad, la de procurar una sana estabilidad económica e incluso promover el crecimiento económico.

## II. BREVE ALUSIÓN HISTÓRICA

La crisis de 1929 en Estados Unidos puso en duda la viabilidad de un sistema capitalista libre de la intervención del Estado. Un sistema liberal guiado sólo por la mano invisible de las fuerzas del mercado a las que hacía alusión Adam Smith en su afamado libro “La Riqueza de las Naciones” no parecía tener la respuesta a la terrible depresión y recesión que dio inicio el llamado “Martes Negro” con el crack bursátil del 29 de octubre de 1929 en los Estados Unidos de América.

Adam Smith sostenía que el Estado debería limitarse a brindar seguridad y asegurar derechos de propiedad y que el egoísmo natural de las personas por un lado y la libre competencia entre ellos harían que todos los bienes y servicios se suministraran a precios razonables. Ello no funcionó así en la terrible crisis económica de 1929.

Esta depresión y posterior recesión económica del año de 1929 y que fue superada en momentos distintos por los diferentes países, fue una de las peores debacles económicas de la que se tenga memoria en los Estados Unidos y en otros tantos países pues fueron varias las economías arrastradas en esta crisis.

Hasta entonces se confiaba en que la misma naturaleza cíclica de la economía haría concluir dicha crisis económica despuntando una nueva etapa de prosperidad, lo cual no sucedió en parte porque se tomaron medidas contrarias para que ello pudiera suceder. Hasta entonces se pensaba que la economía subía o bajaba o se expandía o se contraía tan naturalmente como una respiración humana y por lo tanto no habría razón para preocuparse. Pero en la crisis del año de 1929 la economía había descendido a niveles muy preocupantes y a diferencia de una respiración parecía más bien un paro respiratorio o bien como si se tratase de un elevador descompuesto o averiado que se hubiere quedado en el sótano o en la planta baja sin posibilidades de ascender.

En este sentido Keynes rompe con el pensamiento clásico de no intervención por parte del Estado en la economía. En realidad sus ideas si son y eran extremas pues sugería que el Estado debería de gastar más de lo que obtuviera de ingresos. De él es la famosa frase de no preocuparse por lo que sucedería en el largo plazo pues en el largo plazo todos estaríamos muertos.

Es en estos momentos de grave crisis económica en donde se da el campo fértil para que las ideas y el pensamiento de Keynes pudieran florecer. Nace en estos momentos la macroeconomía cuya paternidad se le reconoce a este economista inglés John Maynard Keynes quien inicia una nueva escuela de pensamiento económico conocido como el Keynesianismo o el pensamiento Keynesiano cuya base fundamental es la intervención del Estado para evitar las depresiones

profundas en los ciclos económicos así como también controlar las expansiones que puedan llegar a provocar procesos inflacionarios inconvenientes.

Y ¿como hace esto el Estado? Justamente a través de la utilización de la política fiscal y de la monetaria.

Paul A. Samuelson nos dice al respecto de lo anterior:

Los años treinta marcaron los primeros movimientos de la ciencia macroeconómica, fundada por John Maynard Keynes, cuando intentaba entender el mecanismo económico que había provocado a la Gran Depresión. Después de la Segunda Guerra Mundial, como reflejo tanto de la creciente influencia de los argumentos keynesianos como del temor de otra depresión, el congreso estadounidense atribuyó formalmente al gobierno federal la responsabilidad por el desempeño económico.<sup>1</sup>

Es desde entonces cuando el gobierno en los Estados Unidos asume la responsabilidad en el ámbito de lo económico para lograr estabilidad de precios, crecimiento económico y fomento del empleo. Para ello el Congreso Norteamericano dice Samuelson emite la Ley del Empleo o la Employment Act que establece:

Por esta ley, el Congreso declara que es política y responsabilidad continuas del gobierno federal utilizar todos los recursos viables compatibles con sus necesidades y obligaciones... para promover el máximo nivel de empleo, producción y poder de compra.<sup>2</sup>

Y vaya que el gobierno de los Estados Unidos han utilizado “todos los recursos” posibles a su alcance para lograr estos objetivos, sin duda incluso las múltiples guerras que han sostenido por todo el mundo lejos de promover valores democráticos siempre han tenido claros fines económicos.

Este es el marco histórico que permite el crecimiento y auge del pensamiento Keynesiano. Una grave crisis económica que no se remonta naturalmente como se esperaba, haciendo necesaria la intervención del Estado para remontarla, a lo cual coadyuvó de manera determinante la segunda guerra mundial y el gasto bélico lo cual no sólo sacó a los Estados Unidos de la depresión sino que lo colocó como una nueva super potencia mundial.

### III. UN POCO DE ECONOMÍA

Es importante tener en mente algunos importantes conceptos de economía que nos permitirán entender en mejor manera la forma en como influye en la economía la política monetaria y la política fiscal.

---

<sup>1</sup> MAYNARD KEYNES, John, *Economía*, ( 1 19 ed.), Mc Graw Hill, 2010, México, p. 374.

<sup>2</sup> Idem.

El Producto Interno Bruto (PIB) es “la medida que abarca la producción total de bienes y servicios de un país. Es la suma del valor monetario del consumo (C), la inversión bruta (I), el gasto público (G) y las exportaciones netas (X) producidas dentro de un país en un año cualquiera. En símbolos  $PIB = C + I + G + X$ ”.<sup>3</sup>

El PIB es la medida de toda la producción de una economía, es como el pulso de la misma. El crecimiento del PIB en un país implica el incremento de bienes y servicios para la población lo cual conlleva a una mejoría en su nivel de vida.

Como se establece en la definición el PIB incluye el consumo total más la inversión bruta, el gasto público y las exportaciones netas.

### A) CONSUMO

Este primer elemento comprende todos los gastos personales de consumo de la población y es por mucho, dice Samuelson, el mayor componente del PIB. Afirma Samuelson que en los Estados Unidos el consumo personal ha representado en los últimos años casi las dos terceras partes del PIB.

En México no se está lejos de esa proporción.

Entonces tengamos en cuenta la importancia del consumo personal como componente del PIB, porque el incremento de impuestos afecta este importante integrante del PIB.

La inversión es la producción de bienes durables de capital.<sup>4</sup> Se trata de bienes duraderos que implican el sacrificio de un consumo presente por un mayor consumo futuro. Una de las diferencias entre un país pobre cuya población vive al día y un país económicamente fuerte es que éstos últimos han sacrificado su consumo presente para realizar inversiones y lograr una mayor producción y un mayor consumo futuro.

El Gasto Público se refleja en compras de gobierno local y federal. Es el costo corriente de los bienes y servicios que son adquiridos por el Gobierno, Federal o Local.

Las exportaciones netas son la diferencia entre las exportaciones y las importaciones de bienes y servicios de un país.

### B) INFLACIÓN

Es el incremento generalizado de los precios.

La inflación es uno de los mayores males en la economía pues tiene graves efectos de redistribución de la riqueza. Las personas con mayor ingreso pueden

---

<sup>3</sup> Idem, p. 393.

<sup>4</sup> Idem, p. 401.



protegerse mejor de no perder el poder adquisitivo de su dinero. Por ejemplo, ante un proceso inflacionario como los hemos tenido en México de hasta un ciento cincuenta por ciento anual o más, una persona con altos ingresos protege el valor de su dinero adquiriendo dólares, comprando inmuebles, re-etiquetando sus mercancías en caso de ser comerciantes, o incrementando sus honorarios en caso de ser profesionistas exitosos.

Por otro lado, las personas de menores ingresos que viven al día, no pueden ver sus salarios incrementados sino generalmente hasta el fin del año, y cuando se les incrementa su salario generalmente también se eleva en esa misma proporción los niveles de los precios haciendo nugatorio el incremento, de tal forma que los incrementos a los salarios, en especial los salarios mínimos van rezagados en relación con el incremento de los demás precios.

Ciclo de negocios o ciclos económicos. “Los ciclos de negocios son las fluctuaciones del producto, del ingreso y del empleo nacionales en toda la economía, que por lo general duran de dos a diez años, marcadas con una extensa expansión o contracción en la mayoría de los sectores económicos”

#### IV. POLÍTICA FISCAL

Establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, (CPEUM) en su artículo treinta y uno fracción IV.

Son obligaciones de los mexicanos:

...IV. Contribuir para los gastos públicos, así de la Federación, como del Distrito Federal o del Estado y Municipio en que residan, de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes.

Los impuestos o contribuciones sirven para cubrir el gasto público del Estado o del gobierno a nivel federal y local.

Podemos identificar razones suficientes para legitimar el cobro de contribuciones por parte del Estado.

Por un lado, en su origen, una de las primeras razones de la existencia del Estado conforme a las doctrinas contractualistas fue la seguridad de la población. Es la idea Hobbesiana de que siendo el hombre el lobo del hombre se hace indispensable establecer un Leviathan, un ente todo poderoso al que se le cedería ni más ni menos que el monopolio del ejercicio de la violencia para asegurar paz, orden y armonía al interior del Estado y al mismo tiempo autonomía frente a otras naciones. A este respecto establece la CPEUM en su artículo 17.

Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.

Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.

Para este fin primordial, que podríamos catalogar de seguridad nacional, es necesario que el Estado pueda cobrar impuestos para hacer frente a los enormes gastos que esta función implica. De esta forma el Estado puede establecer y prestar servicios de policía y de administración e impartición de justicia para lograr una convivencia social armónica. Es como para alimentar al Leviathan y que se encuentre sano y fortachón. En su libro de Teoría de la Justicia, John Rawls propone que así como para un sistema de pensamiento lo más importante es la verdad, de la misma manera para cualquier comunidad política lo más importante para su viabilidad y sustentabilidad es la justicia.

Dicho sea de paso en el caso Mexicano esta función no se cumple cabalmente en varias partes del país lo cual hace cuestionarnos sobre si México es o no un Estado fallido. Esta consideración merece un artículo aparte y la seriedad de un asunto de tal naturaleza impone su análisis pues el vacío de poder en nuestro territorio sería rápidamente llenado probablemente o por organizaciones delictivas como al parecer sucede en parte de nuestro territorio o bien por una potencia extranjera, lo cual ha quedado ya registrado en la historia del país.

No podemos tampoco dejar de hacer mención al caso de Ayotzinapa en donde mientras se escriben estas líneas continúan desaparecidos cuarenta y tres estudiantes normalistas, pues esto nos hace pensar en un Leviathan al cual se ha armado hasta los dientes y que de pronto se ha vuelto loco y actúa en contra de la sociedad civil indefensa con toda la suma de violencia que ésta le cediera para su protección. La capacidad de violencia que fuere cedida al Estado para protección de la sociedad civil ahora es utilizada justamente en contra de la misma.

Dejando a un lado, pero no olvidando lo anterior, las funciones del Estado no se agotan aún y cuando se cumpliera este importante objetivo de brindar seguridad que en el caso de México está lejos de lograrse. El diseño de Estado en nuestra Constitución Política actual no es de un Estado limitado tan sólo a la protección de la propiedad privada y a la seguridad de la población. La responsabilidad del Estado no se agota en acciones policiacas y de impartición de justicia imponiendo orden en la población.

Aún antes de la crisis del 29 un gran número de países calificados de socialistas o comunistas optaron por organizarse bajo un sistema de economías planificadas, es decir en donde el Estado asumía la responsabilidad de dirigir la producción y distribución de bienes y servicios para satisfacer las necesidades de la población. Durante más de cuarenta años, el mundo se vio confrontado entre

dos sistemas posibles. Por un lado los países organizados bajo un sistema de libre mercado encabezados por los Estados Unidos de América, y por el otro lado los países de economía planificada o de dirección central encabezados por la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas. Ambos sistemas mantuvieron un enfrentamiento constante en lo que se conoció como la guerra fría, la cual llegó a su clímax en octubre de 1962 con la crisis de los misiles y que termina en el año de 1989 con la caída del muro de Berlín con el fracaso del ensayo socialista. Nuestro país decidió situarse en una combinación de ambos sistemas adoptando un sistema de economía mixta el cual ahora prevalece en prácticamente todos los países del mundo con diversos matices y tonalidades.

Un antecedente importante lo es como ya hemos mencionado la política del New Deal implementada por el presidente norteamericano Roosevelt de una franca intervención del Estado en la economía para salir del estancamiento económico.

Al respecto nuestra actual Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos marca una fuerte participación del Estado en el desarrollo personal y en el desarrollo económico nacional en particular.

El artículo 2 inciso B de la CPEUM y en relación con las comunidades indígenas se establece la obligación y la responsabilidad de la Federación, de los Estados y de los Municipios de promover la igualdad de oportunidades de los indígenas, de implementar políticas para promover el desarrollo integral de sus pueblos y comunidades, de impulsar el desarrollo regional de las zonas indígenas para fortalecer las economías locales y mejorar las condiciones de vida de sus pueblos.

En su artículo tercero el Estado asume la obligación de proporcionar educación gratuita hasta el nivel medio superior y comenzando por el preescolar.

En este mismo artículo el Estado se obliga a apoyar la investigación científica y tecnológica, lo cual se dice fácil pero tiene por un lado un gran costo y por el otro lado una gran importancia pues el desarrollo tecnológico y la inversión en la investigación científica marcan en gran medida la brecha que divide a una comunidad política exitosa de otras comunidades rezagadas.

En la CPEUM se reconoce diversos derechos fundamentales entre los que destacan el derecho a la educación, a la salud, al agua, a la alimentación e incluso a una vivienda digna y a un medio ambiente saludable. Estos derechos fundamentales establecidos en la Constitución constituyen una responsabilidad mayúscula para el Estado.

Ya más en específico en relación con el tema que tratamos encontramos la clara responsabilidad del Estado para dirigir los destinos del desarrollo económico del país en el artículo 25 de la CPEUM que es un parte relativa dice que “corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral y sustentable, que fortalezca la Soberanía de la Nación y su régimen democrático y que, mediante la competitividad, el fomento del crecimiento eco-

nómico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta Constitución...El Estado planeará, conducirá, coordinará y orientará la actividad económica nacional, y llevará al cabo la regulación y fomento de las actividades que demande el interés general en el marco de libertades que otorga esta Constitución.”

Pues bien, la política fiscal es uno de esos instrumentos con lo que el Estado cuenta para tratar de lograr impulsar un movimiento positivo dentro de un ciclo de negocios, ya sea para evitar una fase descendente dentro del ciclo profunda como para procurar una mayor expansión controlado dentro del mismo ciclo sin incurrir en fenómenos inflacionarios.

La política fiscal se entiende fácilmente. Si el Estado sube los impuestos a la población lo que hace es quitar el poder adquisitivo de la misma y limitar el ingreso disponible que la población tiene para gastar.

Entonces es como una reacción en cadena. El primer paso es que el Estado incremente los impuestos a la población. El segundo paso es que con ello se limita el ingreso disponible de la población. La tercera consecuencia es que las personas al ver limitados sus ingresos disponibles dejan de consumir. Ya mencionamos anteriormente lo importante que es el consumo de las personas para medir el Producto Interno Bruto de un país. El consumo de las personas casi alcanza las dos terceras partes del PIB. Por ello es que el incremento de impuestos atenta con el PIB estimado en un país. Si las personas dejan de consumir entonces lo que ofrecen bienes y servicios tienen malas ventas lo cual los orilla en una primera instancia a bajar precios lo cual es conveniente pues reduce la inflación pero después continúan con el recorte de personal lo cual incrementa aún más la tendencia recesiva pues las personas desempleadas pierden todo su ingreso disponible y gastan aún menos o bien su gasto se vuelve nulo o cero. En el peor de los casos las empresas comienzan a cerrar.

También un incremento de impuestos puede traer consigo una baja en la inflación como hemos dicho lo cual sería lo mas rescatable de un proceso recesivo. Si las personas dejan de consumir los oferentes de bienes y servicios tendrán también que procurar bajar sus precios para lograr colocar sus bienes y servicios. Esto a su vez puede incrementar las exportaciones de un país al volverse más competitivo.

Por contra si el Estado baja o reduce los impuestos, las personas incrementan su ingreso disponible. Es sabido en economía que los primero que hace cualquier persona si su ingreso periódico se incrementa es consumir, por lo que, una reducción de impuestos procuraría un mayor gasto de consumidor. Si hay un mayor consumo los proveedores de bienes y servicios venderán más y eventualmente contratarán mas personal, o incluso harán nuevas inversiones para lograr un cre-

cimiento en su productividad. La parte negativa y es en donde quienes implementan la política fiscal deben de estar muy atentos es en evitar un posible proceso inflacionario.

El bajar impuestos promovería un mayor consumo privado, el cual se vería aumentado por el llamado efecto multiplicador. Es decir si una persona gasta, este gasto se traduce en un ingreso para alguien más quien también vuelve a gastar este nuevo ingreso y así sucesivamente. De esta forma se puede lograr obtener un consumo interno fuerte e importante que estimule la economía nacional y no depender tanto de la bonanza en los Estados Unidos.

Cabe mencionar también que parte de la política fiscal como instrumento del Estado para incentivar o no la economía lo es el gasto público.

El gasto público, las compras del gobierno ayudan a incentivar la economía. El Gobierno es el mayor comprador de todo el país y con su gasto fomenta la actividad económica. Al respecto dice Samuelson:

La política fiscal denota el uso de los impuestos y de otros gastos de gobierno. Los gastos gubernamentales son de dos tipos. En primer lugar, son compras de gobierno. Estas comprenden el gasto en bienes y servicios, compras de tanques, construcción de carreteras y sueldos de jueces, entre otros. Además, hay pagos de transferencias gubernamentales, que incrementan el ingreso de grupos como los ancianos y los desempleados. El gasto del gobierno determina el tamaño relativo de los sectores público y privado, es decir, cuánto del PIB se consume de manera colectiva en lugar de consumirse individualmente, desde una perspectiva macroeconómica, los gastos del gobierno también afectan al nivel global de gasto en la economía y por tanto, influye en el nivel del PIB.

El construir infraestructura, como puede ser la construcción de puentes o carreteras tiene por efecto el derramar ingreso sobre todas las personas que intervienen en la construcción de dicho puente o carretera, quienes al obtener esos ingresos gastarán los mismos para adquirir los satisfactores que más les sean de utilidad. Esta es la forma tan sencilla en como beneficia el gasto público en incentivar la economía.

De hecho la forma en como los Estados Unidos pudo salir de la gran depresión del 29 tuvo que ver con el incremento del gasto público en material bélico, lo cual hasta la fecha sigue siendo un motor de la economía de nuestro vecino del norte.

Sin embargo habría que tener cuidado pues un gasto deficitario, es decir, con dinero nuevo emitido por el Banco Central y que no haya sido recaudado del existente ya en circulación vía impuestos, puede provocar presiones inflacionarias inconvenientes.

De la misma manera, la austeridad en el gasto del gobierno cuando se tienen los ingresos para ello, provoca o motiva un descenso en la actividad económica y una posible etapa recesiva, al mismo tiempo que se logra también combatir la inflación.

Hay una cuestión importante que debemos divulgar y hacer del conocimiento general. Si bien es cierto que las compras de gobierno son un motor importantísimo para incentivar la economía, es necesario hacer notar que conforme a las disposiciones del Tratado de Libre Comercio para América del Norte las compras de gobierno cuando son de una suma importante se tienen que licitar a empresas de Estados Unidos y Canadá. Esto hace perder al gobierno este importante instrumento de política fiscal pues ya no podrá decidir gastar el dinero de sus compras en empresas vinculadas con el desarrollo nacional. Conforme a estas reglas el gasto se hará en favor de alguna de las múltiples empresas transnacionales que podrán competir y ganar las contrataciones y que entonces canalizarán el ingreso y el efecto multiplicador a la cuna de sus propios países. Es esta una forma de transmisión de riqueza nacional hacia el extranjero.

Con la información que hemos expuesto hasta aquí podemos hacernos algunas preguntas como la siguiente. ¿Que pasaría si el gobierno sube los impuestos y con el ingreso que obtiene decide voltearse y comprar armas a empresas norteamericanas para lograr enfrentar a la delincuencia organizada? A mi me parece que coadyuvaría para disminuir la actividad económica en México por el sacrificio al consumo privado que eso implicaría y fomentaría el ingreso pero del lado norteamericano cuyas empresas obtendrían este ingreso y provocarían el efecto multiplicador en suelo norteamericano. Con el extra bono para nosotros que de este lado quedarían los muertos.

Por otro lado el gasto del gobierno en construcción de infraestructura como puentes o carreteras promueven la actividad económica en México con su efecto multiplicador aún más si las empresas que proveen estos bienes o servicios como el cemento, la varilla, el acero, la mano de obra son también Mexicanos.

## V. POLÍTICA MONETARIA

Otro instrumento importantísimo en manos del Estado es la política monetaria. Esta política monetaria corresponde ejercerla en nuestro país al Banco de México.

¿Por qué es tan importante este instrumento? Porque el dinero es muy poderoso en nuestra sociedad y esta en manos del Banco de México el emitir dicho dinero y también por decirlo en términos muy sencillos provocar una carencia o abundancia de circulante de dinero en el país de forma tal que la actividad eco-

nómica en México se vea disminuida o promovida. En ambos casos lo que esta en juego es por un lado el empleo o el desempleo en el país y por el otro la inflación, la estabilidad de precios o incluso la deflación en México.

El Banco de México funciona como una bomba de gasolina. Cuando se quiere que los motores de la economía arranquen el Banco Central puede bombear dinero en la economía para que esta encienda sus motores y avance incluso rápidamente, algo así como una transfusión de sangre que diera vida a una persona desfalleciente y por el otro lado cuando la economía se empieza a sobre calentar y la amenaza de la inflación comienza a nublar el horizonte, es entonces cuando el Banco Central decide cerrar o apagar las bombas que impulsan el dinero a la economía o incluso tiene la facultad de extraer como si fuera una aspiradora el dinero que se ha vertido en la economía para evitar así procesos inflacionarios inconvenientes.

### A) ¿POR QUÉ EL BANCO DE MÉXICO?

Antes de la Revolución Mexicana los bancos comerciales podían poner dinero en circulación, no era una actividad reservada al Estado, los bancos comerciales eran bancos emisores de dinero, lo cual como es claro es un privilegio enorme.

Posteriormente una de las banderas de la revolución fue establecer un banco central único controlado por el Estado que tuviera el privilegio y el monopolio de la emisión de dinero. Aunque ese anhelo se plasma en la CPEUM esto no se hace realidad sino hasta el año de 1925 en que se logra obtenerlos fondos necesarios para fundar el Banco de México.

En años pasados de obscura memoria, el Banco de México era un organismo descentralizado totalmente dependiente del Ejecutivo Federal, lo cual provocaba que la emisión de dinero se hiciera indiscriminadamente imponiendo un auténtico impuesto inflacionario a la población. Eran constantes los procesos inflacionarios y las devaluaciones de la moneda hasta que por fin se le concedió autonomía al Banco Central.

Establece la CPEUM en su artículo 28 párrafo sexto que “El Estado tendrá un banco central que será autónomo en el ejercicio de sus funciones y en su administración. Su objetivo prioritario será procurar la estabilidad del poder adquisitivo de la moneda nacional, fortaleciendo con ello la rectoría del desarrollo nacional que corresponde al Estado. Ninguna autoridad podrá ordenar al banco conceder financiamiento.”

Por su parte la Ley del Banco de México dispone en sus primeros artículos que:

Artículo 1o.—“El banco central será persona de derecho público con carácter autónomo y se denominará Banco de México. En el ejercicio de sus funciones y en su administración se regirá por las disposiciones de esta Ley, reglamentaria de los párrafos sexto y séptimo del artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Artículo 2o.—El Banco de México tendrá por finalidad proveer a la economía del país de moneda nacional. En la consecución de esta finalidad tendrá como objetivo prioritario procurar la estabilidad del poder adquisitivo de dicha moneda. Serán también finalidades del Banco promover el sano desarrollo del sistema financiero y propiciar el buen funcionamiento de los sistemas de pagos.

Artículo 3o.—El Banco desempeñará las funciones siguientes:

I. Regular la emisión y circulación de la moneda, los cambios, la intermediación y los servicios financieros, así como los sistemas de pagos;

De estos artículos se pueden desprender los siguientes comentarios.

En primer lugar la autonomía del banco central. El Banco de México no forma parte ni del poder ejecutivo, ni del poder legislativo y mucho menos del poder judicial. Si atendieramos a la teoría de división de poderes pues en México tendríamos cuatro poderes. El poder Ejecutivo, el Poder Judicial, el Poder Legislativo y el Poder del Banco Central. Así de importante es el Banco Central.

La autonomía del Banco le permite realizar sus funciones y alcanzar sus objetivos sin que se vean superados por objetivos políticos como puede ser ganar las elecciones en turno. En épocas anteriores el gasto gubernamental financiado por el Banco de México era crucial para lograr obtener un buen resultado en las elecciones a pesar de que ello implicara o tuviera como efectos graves crisis económicas que se repetían casa fin de sexenio.

Se establece como objetivo prioritario del Banco de México el procurar la estabilidad del poder adquisitivo de la moneda nacional. Por supuesto que es un objetivo prioritario para el Banco de México pero también es una importante función del Banco Central el promover el empleo con su política monetaria. En México se le ata las manos al Banco Central y se le establece como objetivo prioritario sólo la estabilidad del poder adquisitivo de la moneda.

Vinculado a la autonomía del Banco de México se establece que nadie puede obligar al Banco para otorgar financiamiento.

Por lo tanto el Banco de México emite dinero, lo pone en circulación y es responsable de conservar el poder adquisitivo de la moneda.

## B) ¿PERO ENTONCES, CÓMO OPERA LA POLÍTICA MONETARIA?

Primero hay que saber que si hay dinero en la economía entonces la gente tendrá dinero para gastar y por el contrario si no hay dinero en la economía la



gente carecerá de dinero para gastar. En el primer caso se fomenta una expansión de la actividad económica y en el segundo una contracción. En el primer caso hay más empleo pero puede haber riesgo de inflación, en el segundo podría haber una recesión pero también se combatiría la inflación.

Todo esto se logra de varias formas. En primer lugar hay un anuncio del Banco Central. El Banco de México señala cual es su meta de inflación. Este sólo aviso manda una señal a toda la economía, a todos los actores económicos que toman decisiones de inversión con base en esos anuncios. Si el Banco de México anuncia una meta de inflación muy baja, este aviso mandará la señal a los actores económicos de que habrá políticas monetarias recesivas. Es decir el Banco Central recortará el circulante de la economía. Según publicación del Banco de México la meta de inflación para este año es del 3 por ciento.

Otro número importantísimo que publica el Banco de México es el objetivo para la Tasa de Interés Interbancaria a un día que actualmente es del 3 por ciento, según comunicado de prensa de fecha 31 de octubre del año en curso, consultable en <http://www.banxico.org.mx/informacion-para-la-prensa/comunicados/politica-monetaria/boletines/>

El Banco de México es un banco de bancos. Se les conoce también como bancos de segundo piso. El Banco de México actúa sobre las reservas de los bancos comerciales y la tasa que ofrece el Banco de México a los bancos comerciales como Bancomer, Banamex, etcétera es según la publicación mencionada del 3 por ciento.

El sólo anuncio de la tasa del tres por ciento es una clara señal para todos los actores económicos. Esta tasa realmente baja del tres por ciento anuncia una política monetaria expansiva tomada me parece a mi muy responsablemente y conienzudamente por la Junta de Gobierno del Banco de México.

Esta tasa hace que los bancos comerciales tengan poco interés en depositar sus reservas en el Banco Central y se vean inclinados mejor a prestarlos a los demás actores económicos con mayor riesgo pero a una tasa más rentable.

Las empresas y demás personas al ver la posibilidad de obtener un crédito con una tasa baja, se ven estimulados para obtener créditos necesarios para su negocio.

Al invertir se crean mas empleos en la producción de bienes y servicios y se estimula así la economía en forma expansiva.

Por el contrario si el Banco de México quisiera combatir un proceso inflacionario, tendría que subir su tasa de referencia. Supongamos que el Banco de México sube la tasa al ocho por ciento anual. En este caso exagerado los bancos comerciales depositarán sus reservas en el banco central y no las colocarían como préstamos para el público en general. Si el público en general no tiene por lo mismo acceso a un crédito con tasas de interés moderadas pues se detendrán

muchos proyectos de inversión, disminuyendo la actividad económica y el empleo, y bajando la inflación.

En estos momentos en México el gobierno federal ha incrementado los impuestos lo que como hemos mencionado y se ha demostrado empíricamente contrajo la economía sobre todo en el consumo interno. Por su parte el Banco Central ha sabido compensar esta situación con una política monetaria expansiva pues la tasa del tres por ciento es idéntica a la inflación esperada. Esto quiere decir que si algún banco comercial deposita sus reservas en el Banco Central, no ganará un sólo centavo y sólo mantendrá el valor adquisitivo de su depósito, por lo que necesariamente tendrá que colocar sus reservas en el público en general a mejores tasas del nueve, diez y hasta el catorce por ciento como de hecho lo están haciendo, financiando con ello proyectos de inversión o de desarrollo, lo cual a su vez derrama ingreso en la población con su efecto multiplicador.

## CONCLUSIONES

Todo abogado debe de conocer aunque sea en forma muy general los importantes efectos que conlleva el manejo de la política fiscal y de la política monetaria. De ese manejo depende procesos de expansión o de contracción dentro de un ciclo de negocios.

Es necesario saber que si el gobierno sube impuestos atenta contra el consumo interno con graves efectos contrarios para el Producto Interno Bruto. Que si los baja, promueve un mayor consumo privado y por lo tanto una expansión en el ciclo de negocios, etcétera. Si hay menos impuestos la gente gastará más y al vender más productos y servicios los empresarios podrán contratar más personal o hacer nuevas inversiones.

En cuanto a la política monetaria el Banco de México puede recoger circulante subiendo su tasa de fondeo interbancario a un día y al revés aumentar el circulante reduciendo dicha tasa. En el primer caso se reducen las inversiones y proyectos de desarrollo y en el segundo se incrementan las inversiones y proyectos de desarrollo.

Espero que con este breve ensayo el lector pueda estar más pendiente del manejo de ambas políticas la monetaria y la fiscal.